اهل سنت
براساس منابع

احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی

مؤلف:
وهبة الزحیلی
مترجم:
خالد ایوبی نیا

احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی

تالیف :

دکتر وهبة الزحیلی

مترجم : خالد ایوبی نیا

سرشناسه : زحیلی ، وهبة ۱۹۳۲ م Zuhatli Wahbat
عنوان قراردادی : الوصایا والوقف فی الفقه السلامی ، فارسی
عنوان و نام پدید آور :احکام وصیت ووقف در فقه اسلامی / تألیف : وهبة الزحیلی
مترجم : خالد ایوبی نیا
مشخصات نشر : ارومیه- حسینی اصل ۱۳۹۰ مشخصات ظاهری : ۲۵۵ص
شابک : ۹-۴-۰۰-۲۴۹-۶۰۰-۹۷۸ یادداشت : کتابنامه به صورت زیر نویس
موضوع :وصیت ووقف (در فقه اسلامی)
وضعیت فهرست نویسی: فیپا
رده بندی کنگره : /۱۳۹۰ ۶۰۴۱ و۳ ز/ ۷ / BP۱۹۲
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲ شماره کتابشناسه ملی : ۲۴۶۹۳۰۴

ارومیه – خیابان شهید منتظری- تلفن ۲۳۵۲۴۰۳-۰۴۴۱

نام کتاب : احکام وصیت ووقف در فقه اسلامی
تألیف :دکتر وهبة الزحیلی
مترجم : خالد ایوبی نیا
تیراژ : ۲۰۰۰ جلد
چاپ : اول - ۱۳۹۰
ناشر : مؤسسه انتشاراتی حسینی اصل
شابک : ۹-۴-۰۰-۲۴۹-۶۰۰-۹۷۸
قیمت : ۴۰۰۰ تومان

فهرست مطالب

عنوان | صفحه

بـــخش اوّل وصیت

مقدمه مترجم	۱۱
مقدمه مؤلف	۱۲
فصل اوّل: وصیت	۱۷
مقدمه، تاریخ وصیت	۱۷
مبحث اوّل	۱۸
معنی و انواع وصیّت	۱۸
مشروعیت وصیّت	۲۰
حکمت وصیت	۲۱
ارکان وصیّت	۲۴
کیفیت انعقاد وصیّت	۲۶
آیا در قبول فوریت شرط است؟	۲۹
تقسیم شدن رد و رد کردن بعضی	۳۰
پشیمانی از رد یا قبول	۳۰
چه کسی مالک قبول یا رد است؟	۳۲
مرگ موصی له قبل از قبول یا رد وصیت	۳۲
زمان ثبوت مال وصیت شده برای موصی له	۳۳
معلق کردن وصیت به شرطی از شروط	۳۵
مبحث دوّم : شروط وصیت	

مطلب اوّل: شروط موصی ۳۶
مطلب دوّم: شروط موصی‌لَه ۳۹
وصیت برای کسی یا چیزی که وجود خارجی نداشته باشد ۴۰
وصیت برای حمل ۴۱
وصیت برای مجهول ۴۱
وصیت برای چهارپا ۴۴
وصیت برای قاتل ۴۷
وصیت برای اهل جنگ ۴۹
وصیت‌های غیر مسلمانان؛ اهل ذمه ۵۱
شرط نفوذ وصیت در موصی‌لَه ۵۲
وصیت برای وارث ۵۲
برای صحت اجازه دو شرط در نظر گرفته می‌شود ۵۳
وارثی که اجازه می‌دهد چه کسی است؟ ۵۳
کسانی که قائل به مشروعیت وصیت برای وارث هستند ۵۴
کسانی که مطلقاً وصیت برای وارث را منع می‌کنند ۵۴
مطلب سوم موصی‌به
شروط موصی‌به ۵۵
آنچه در موصی‌به جهت نافذ گردیدن آن شرط گرفته می‌شود: ۶۲
وصیت به بیشتر از یک سوم ۶۲
مستحب است صاحب دارایی کمتر از یک سوم دارایی‌اش را وصیت کند ۶۳
مبحث سوم احکام وصیت
مطلب اوّل – صفت شرعی وصیت و رجوع از آن ۶۴
رجوع از وصیت در قانون ۶۵
مطلب دوّم: اثر جاری شونده بر وصیت ۶۶
مطلب سوم: احکام وصیت کننده ۶۷
وصیت بدهکار ۶۷

وصیت غیر مسلمان ۶۸
۱ . وصیت ذمی ۶۸
۲ . وصیت حربی ۶۹
۳ . وصیت مرتد ۷۰

مطلب چهارم – احکام موصی‌له

۱. حکم وصیت برای موارد عام ۷۱
۲. وصیت برای حمل ۷۵
شرایط صحت وصیت برای حمل از دیدگاه جمهور فقها غیر از مالکیه ۷۶
اطمینان از وجود حمل هنگام وصیت از دیدگاه علمای حنفیه به روش زیر است ۷۶
تعدد حمل ۷۷
۳ . وصیت برای معدوم ۷۸
احکام وصیت برای معدوم ۷۹
۱) وصیت کردن اعیان برای معدوم در صورتی که شمار آن مشخص باشد ۷۹
۲) وصیت کردن منفعت و بهره‌ی چیزی برای کسانی که معدوم بوده و قابل شمارش باشند ۸۰
۳) وصیت کردن بهره و منفع برای طبقات ۸۰
۴) وصیت برای جماعتی که قابل شمارش باشند ۸۱
کیفیت تقسیم وصیت مشترک ۸۲
۵) وصیت برای جماعت غیر محصور[غیر قابل شمارش] ۸۳

مطلب پنجم– احکام موصی‌به

۱ . وصیت کردن چیزی معین یا جزئی پراکنده و حکم هلاک شدن موصی‌به ۹۰
۲ . وصیت کردن شیء معدوم یا چیزی که نتوان آن را تسلیم نمود ۹۱
۳ . وصیت کردن شیء مجهول ۹۳
۴ . وصیت کردن منافع ۹۳
۵ . وصیت به تصرف در عین ۱۰۳
۶ . وصیت برای قرض دادن ۱۰۳
۷ . وصیت به حقوق ۱۰۴
۸ . وصیت به تقسیم ترکه ۱۰۵

۹ . وصیت به دادن حقوقی ماهیانه از ترکه ۱۰۶
۱۰. حکم افزودن بر موصی به ۱۰۸

مطلب ششم: مقدار وصیت

أ. اگر موصِی وارث داشته باشد ۱۰۹
ب.اگر موصِی وارث نداشته باشد ۱۰۹
اجازه ورثه‌ها برای مازاد بر یک سوم ۱۱۰
نخست: وقت اجازه ۱۱۱
دوّم: کسی که مالک اجازه و رد است ۱۱۱
سوم: جهت دریافت ملک بعد از اجازه ۱۱۱
وقت اندازه گیری یک سوم ۱۱۲
مطلب هفتم: وصیت برای وارث ۱۱۳
مطلب هشتم: وصیت به مانند سهم یک وارث ۱۱۳
حالت اوّل: وصیت به مثل سهم وارث معین ۱۱۵
حالت دوم – وصیت به مانند سهم وارثی غیر معین باشد ۱۱۵
حالت سوم: وصیت به مانند سهم وارثی معدوم ۱۱۵
حالت چهارم: وصیت به مانند سهم یکی از ورثه‌ها ۱۱۶
مطلب نهم: وصیت به جزءها ۱۱۷
مطلب دهم: تنفیذ وصیت ۱۱۷
نخست: در ترکه بدهی بر شخص اجنبی، یا بخشی از ترکه غایب باشد ۱۱۷
دوّم: در ترکه بدهی بر یکی از ورثه‌ها باشد ۱۱۹
مبحث چهارم: مبطلات وصیت ۱۲۱
۱. از بین رفتن اهلیت موصِی بر اثر دیوانگی فراگیر و بیماری‌های دیگری مشابه آن ۱۲۱
۲. ارتداد وصیت کننده ۱۲۲
۳. معلق کردن وصیت بر شرطی که حاصل نشود ۱۲۲
۴. رجوع از وصیت ۱۲۲
۵. رد کردن وصیت ۱۲۴

۶. مرگ موصی‌له معین قبل از مرگ موصِی ۱۲۴
۷. موصی‌لَه موصِی را به قتل برساند ۱۲۵
۸. هلاک شدن موصی‌به معین یا استحقاق آن برای دیگری ۱۲۵
۹. وصیت برای وارث باطل است ۱۲۵

مبحث پنجم: ازدحام وصیت‌ها

قاعده تزاحم در وصیت‌ها بین بندگان ۱۲۷
ازدحام وصیت‌ها د ر حقوق خداوند ۱۲۸
ازدحام بین وصیت که بعضی حق الله و بعضی حق الناس باشند ۱۲۸
مبحث ششم: وصیتی که قانوناً واجب است ۱۳۰
مستند فقهی برای وصیت واجب و مجوز آن ۱۳۰
مقدار وصیت واجب ۱۳۲
روش استخراج وصیت واجب ۱۳۳
مبحث هفتم: اثبات وصیت ۱۳۵
فصل دوّم: حکم تبرعات بیماری که در بستر بیماری مرگ است ۱۳۸
آیا تبرعات بیماری که در بستر بیماری مرگ است در حکم وصیت می‌باشد؟ ۱۳۸
بخششهای قطعی ۱۳۹
اما تبرعات و بخشش‌هایی که مربوط به بعد از مرگ باشد ۱۳۹
فصل سوم کفالت و سرپرستی ۱۴۱
مبحث دوّم: ارکان کفالت ۱۴۲
۱. موصِی [وصیت کننده] ۱۴۲
۲. وصیّ [کفیل] ۱۴۳
۳. موصی‌فیه ۱۴۷
۴. صیغه ۱۴۷
مبحث سوم: احکام تصرفات کفیل ۱۴۹
۱. خرید و فروش ۱۴۹
۲. وکیل گرفتن یا وصیت کردن برای دیگری ۱۴۹
۳. ۱۵۲

۴. تعیین سهم موصی‌لَه ۱۵۳
۵. اقرار کفیل به بدهی بر میّت، و آیا کفیل شایسته‌ی ولایت و سرپرستی است یا پدربزرگ؟ ۱۵۴
۶. دفع مال به افراد محجور و راهنمایی کردن محجور ۱۵۵
۷. شهادت کفیل‌ها ۱۵۶
۸. رجوع کفیل به مال یتیم ۱۵۷
۹. اصلاح اختلاف بین کفیل و موصی علیه ۱۵۷
۱۰. پاداش کفیل و بهره برداری او از مال موصی‌علیه ۱۵۸
۱۱. عزل کفیل ۱۵۹
۱۲. انفاق در حالت ضرورت ۱۵۹

بخش دوم وقف

این بخش دارای ده فصل می‌باشد:

فصل اوّل

تعریف وقف ۱۶۲
مشروعیت وقف ۱۶۶
صفت وقف ۱۶۷
رکن وقف ۱۶۹

فصل دوّم

انواع وقف ۱۷۲
محل وقف ۱۷۲

فصل سوم

حکم وقف ۱۷۹
زمان پایان ملکیت وقف کننده ۱۸۰

فصل چهارم

شروط وقف ۱۸۵
مبحث اول: شروط واقف ۱۸۵
وقف بیمار در بیماری مرگ ۱۸۷

وقف شخص مرتد	۱۸۷
وقف شخص کافر	۱۸۸
وقف شخص مُکره	۱۸۸
وقف شخص نابینا	۱۸۸
وقف چیزی که رؤیت نشود	۱۸۸
شرط واقف همانند نص شارع می‌باش	۱۸۸
مبحث دوّم: شروط موقوف	۱۹۴
مبحث سوم: شروط موقوف علیه:	۱۹۹
شرط وقف بر معین	۱۹۹
شروط جهت موقوف علیه	۲۰۴
وقف بر ثروتمندان	۲۰۵
مبحث: چهارم: الفاظ وقف و شروط صیغه‌ی آن	۲۱۰
صیغه وقف	۲۱۰
ثبوت وقف به ضرورت	۲۱۱
شروط صیغه وقف	۲۱۵
شرط اوّل: تأبید	۲۱۵
شرط دوّم: تنجیز	۲۱۵
شرط سوّم: الزام است	۲۱۸
شرط چهارم: عدم اقتران آن با شرطی باطل	۲۱۸
شرط باطل	۲۱۸
شرط فاسد	۲۱۸
شرط صحیح	۲۱۹
شرط پنجم از دیدگاه شافعیه: بیان مصرف وقف	۲۱۹
مقتضای الفاظی که بر موقوف علیه دلالت می‌کند	۲۲۰
ولد یا اولاد	۲۲۰
ذریت، نسل و (عقب) پشت	۲۲۱
آل، جنس و اهل بیت، قرابت	۲۲۱

هـ مراحل انسان ۲۲۲

و. فی سبیل الله و امثال آن ۲۲۳

وقف دایم از نظر اتصال و انقطاع ۲۲۳

فصل پنجم

اثبات وقف از نظر شرع و قانون ۲۲۵

فصل ششم: مبطلات وقف ۲۲۶

فصل هفتم: نفقات وقف ۲۲۸

فصل هشتم: تبدیل کردن و فروختن وقف در حالت خرابی ۲۳۱

فصل نهم: وقف در حالت بیماری مرگ ۲۴۰

فصل دهم: ناظر بر وقف ۲۴۳

نخست: تعیین ناظر ۲۴۳

دوّم: شروط ناظر ۲۴۴

سوم: وظیفه‌ی ناظر ۲۴۵

اجاره‌ی طولانی مدت ۲۴۵

چهارم: عزل ناظر ۲۴۹

انجام ندادن وظایف ۲۴۹

خلاصه ۲۵۲

مقدمه مترجم

اَلحَمـدُ للهِ رَبِّ العـالَمين، نَحمَـدُهُ ونَسـتَعينُهُ ونَسـتَهديه ونَسـتَغفِرُهُ ونَعُـوذُ بـالله مِن شُرُورِاَنفُسِنا ومِن سَيِّئاتِ اَعمالِنـا، مَـن يَهدِيـهِ اللهُ فَـلا مُضِـلَّ لَـهُ ومَـن يُضـلِل فَلَـن تَجدَلَهُ مُرشِداً.

علـم فقـه یکـی از بزرگتـرین علـوم اسـت، زیـرا علمـی اسـت کـه صـحت عبـادت وابسـته بـه آن مـی‌باشـد. و مـردم در هـر زمـان و مکـانی بـه آن نیـاز دارنـد و بـه دلیـل ایـن‌کـه هـدف از آفـرینش انسـان عبـادت و بنـدگی خداونـد اسـت و قبـولی عبـادت مشروط به اخـلاص و مطابقـت بـا سـنت پیـامبرﷺ مـی‌باشـد، لـذا مـا بایـد هـر عبـادتی را مطابق سنت آن پیامبر بزرگـوار انجـام دهـیم. کتـاب حاضـر شـامل دو مبحـث مهـم در فقـه اسلامی – **مبحث وصـیت و وقـف** – مـی‌باشـد کـه توسـط اسـتاد دکتـر وهبـة الزحیلـی بـه رشته‌ی تحریـر در آمـده اسـت، بـا پیشـنهاد انتشـارات حسـینی اصـل آن را ترجمـه نـودم. امید است مسلمانان از آن بهره‌منـد شـوند. ایـن کتـاب بـه دلیـل فقهـی بـودن اصـطلاحات فقهی فراوانی در آن وجـود دارد کـه بـه علـت طـولانی شـدن ترجمـه‌ی فارسـی آن بعـد از یـک بـار ترجمـه‌ی توضـیحی در دفعـات بعـد بـه صـورت همـان اصـطلاح عربـی نوشـته شده است، از جمله: مُوصِي: وصـیت کننـده، موصـی لَـه: کسـی کـه بـرای او وصـیت مـی‌شود، موصی بِه: چیزی کـه وصـیت مـی‌شـود، واقـف: وقـف کننـده، موقـوف: وقـف شـده، موقوف لَه: کسی که بـرایش وقـف مـی‌گـردد. ایـن اصـطلاحات بیشـتر بـه صـورت عربـی ذکـر شـده‌انـد و اصـطلاحاتی دیگـری نیـز وجـود دارد کـه بیبشـتر فقهـی مـی‌باشـند و کسانی که بـا مطالعـه‌ی فقـه سـرو کـار دارنـد در مطالعـه‌ی آن مشـکلی نخواهنـد داشـت. امیـد اسـت ایـن ترجمـه مـورد قبـولی پروردگـار جهانیـان قـرار گیـرد و خواننـدگان فارسی‌زبان از آن بهره‌مند گردند.

ارومیه ۱۳۹۰/۵/۲۳

خالد ایوبی‌نیا

مقدمه نویسنده

الحَمدُ لله العَزيزِ الحَكيم، والصَّلاةُ والسَّلامُ على النَّبيِّ المُختار نبي الرَّحمَةِ المُهداة، وأنَّهُ بِالمُؤمِنينَ رَؤوفٌ رَحيمٌ، و عَلى آلِهِ و صَحبِهِ الغُرِّ المَيامِين، والتّابِعِينَ لَهُم بإحسانٍ إلى يومِ الدِّين و بعد. به مناسبت چاپ دوّم این اثر مقدمه‌ای لازم است که ارایه گردد:

بدون شک اسلام آن دین حنیف بزرگوار دارای حکمت و رحمت می‌باشد، از جمله حکمت‌های اسلام می‌توان به تعهد کامل آن به اصلاح و تهذیب اخلاق انسان و اهمیت پایدار به تربیت مسلمان به گونه‌ای که همه امور زندگی او را در بر گرفته باشد، اشاره کرد تا این‌که انسان را واقعاً سرمشق و الگویی نیک برای انسانیت قرار دهد و نمونه انسانی جذاب باشد که شرع، ادب و فضیلت اسلام را به جامعه ارائه نماید. و از جمله ادب و رحمت فراگیر اسلام متوجه نمودن انسان به سوی زندگی بهتر، آینده‌ای راحت‌تر و بی‌دغدغه و ذخیره کردن پاداش عمل صالحی که خداوند عز و جل را راضی نماید، می‌باشد.

قاعده و اساس پاداش به این خاطر است که انسان اعمال نیک را بیشتر انجام دهد و بیشتر سخاوت و بخشندگی از خود نشان داده و بیشتر به خوبی و معروف و بخشش و انتشار فضیلت و بزرگواری اقدام نماید، و بیشتر به جوانب اجتماعی و انسانی دارای سلبیات و بخشش‌ها و روزنه‌های بسیار و سخت و دارای لغزش اهمیت دهد.

راه خیر در دید عام و نگاهی تیزبینانه نه عجولانه و موقت این است که صدقه و کار نیک و احسان طوری باشد که بعد از مرگ انسان نیز برایش سود داشته باشد، تا اینکه پیوسته از انجام دهنده‌ی آن به نیکی سخن گفته شود و از زبان کسانی که مورد رحم و احسان او قرار گرفته‌اند، درخواست رحمت و مغفرت خداوند شود، کسانی‌که مکیدن آب آنان را نجات می‌بخشد، و سیراب کردن تشنگی آنان را زنده می‌نماید، و یک لقمه زندگی آنان را نجات می‌بخشد، و بدن آنان را با لباسی گرم یا لباسی که آنان را از گرما و سرما نجات دهد، بپوشاند، و بیماری‌های طاری و مزمن آنان را با لمس انسانی مهربان معالجه می‌کند، و علاجی که آنان را به صحت و عافیت بر می‌گرداند، زیرا به هیچ انسانی بعد از ایمان نعمتی برتر از عافیت بخشیده نشده است و آموزش آنان بعد از جهل و نادانی، و راهنما شدن آنان بعد از گمراهی، و پرچم محبت و دوستی و آرامش را بین ذوی الارحام انتشار دهد.

همانا این کمک‌ها جهت نجات یافتن مستضعفین از بیماری، فقر، گرسنگی و جهل می‌باشد، کسانی که **درچشمه آبی که آب جاری آن فرو رفته،** در معرض سرنگوگی قرار گرفته‌اند، که در

تاریخ گذشته خیر فراوانی را در میان جامعه اسلامی محقق گردانیده است از جمله وقف درمان‌گاه‌ها، بخشش‌ها، مدارس، کتاب‌ها و از راه وصیت‌های نیکوکاران و وقف‌های اهل نیکی و تقوی. و این به خاطر پذیرفتن تشویق‌های اسلام بر آن در قرآن و سنت می‌باشد.﴿ لَيْسَ الْبِرَّ أَن تُوَلُّواْ وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَالْمَلآئِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّآئِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلاةَ وَآتَى الزَّكَاةَ وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاء والضَّرَّاء وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾ ((این که (به هنگام نماز) چهره هایتان را به جانب مشرق و مغرب کنید ، نیکی (تنها همین) نیست (و یا ذاتاً روکردن به خاور و باختر ، نیکی بشمار نمی‌آید) . بلکه نیکی (کردار) کسی است که به خدا و روز واپسین و فرشتگان و کتاب (آسمانی) و پیغمبران ایمان آورده باشد ، و مال (خود) را با وجود علاقه‌ای که بدان دارد (و یا به سبب دوست داشت خدا ، و یا با طیب خاطر) به خویشاوندان و یتیمان و درماندگان و واماندگان در راه و گدایان دهد ، و در راه آزادسازی بردگان صرف کند ، و نماز را برپا دارد، و زکات را بپردازد، و (نیکی کردار کسانی است که) وفاکنندگان به پیمان خود بوده هنگامی که پیمان بندند ، و (به ویژه کسانی نیکند و شایسته ستایشند که) در برابر فقر (و محرومیّتها) و بیماری (و زیان و ضررها) و به هنگام نبرد ، شکیبایند (و استقامت می ورزند) . اینان کسانی هستند که راست می گویند (در ادّعای ایمان راستین و پیجوئی اعمال نیک) و به راستی پرهیزکاران (از عذاب خدا با دوری گرفتن از معاصی و امتثال اوامر الهی) اینانند .)) . (بقره:۱۷۷)

و در حدیثی که احمد و اصحاب کتاب سته از ابن عمر روایت کرده‌اند چنین آمده است که پیامبرﷺ فرمود: ((ما حَقٌّ امرىءٍ مُسلِمٍ يَبيتُ لَيلَتَينِ، و لَهُ شيئٌ يُريدُ أن يُوصِيَ فيه إلا و وَصِيَّتُهُ مَكتُوبَةٌ عِندَ رَأسِهِ)): شایسته نیست مسلمانی دو شب پشت سر هم بخوابد در حالی که چیزی داشته باشد که بخواهد در آن وصیت کند مگر این‌که وصیتش مکتوب باشد. و راویان دیگر به جز بخاری و ابن‌ماجه از ابوهریرهﷺ روایت کرده‌اند که پیامبرﷺ فرمود: ((إذا ماتَ الانِسانُ اِنقَطَعَ عَمَلُهُ إلا مِن ثَلاثَةِ اشياءَ: صَدَقَةٍ جارِيَةٍ، أو عِلمٍ ينتفعُ به، دو ولد صالحٍ يدعو لَهُ)): هنگامی که انسانی بمیرد، اعمال او منقطع می‌گردد جز این‌که صدقه جاریه‌ای داده باشد، یا علمی که اثر آن بعد از او مانده باشد، یا فرزند صالحی که برای او دعای خیر نماید. علما گفته‌اند: معنی حدیث این است که عمل انسان با مرگ او منقطع می‌گردد و افزوده شدن بر پاداش‌های او نیز گرفته می‌شود جز این سه طریق، زیرا او کسب کننده این سه چیز بوده است؛ زیرا فرزند انسان از کسب اوست، هم‌چنین علمی که بعد از خود بر جای می‌گذارد مانند تألیف و تعلیم، و نیز صدقه جاریه که عبارت است از وقف، و در این حدیث ارشاد به فضیلت صدقه جاریه و علمی که بعد از مرگ صاحبش آثار آن می‌ماند و ازدواجی که سبب پیدا شدن فرزندان صالح بوده، می‌باشد.

لیکن وصایا و اوقاف هم‌چون همه احکام اسلامی دارای نظامی دقیق استوار بر حق و عدل و رحمت و انتشار خیر با اصولی که هیچ گونه انتقاد و اعتراض بر آن وارد نباشد، است و این به خاطر تحقق بخشیدن به دو مصلحت است: مصحلت خاص و مصحلت عام، این نظام‌ها جز از راه فقه قابل فهم نیستند. نظام زندگی اسلامی – چنان که در این کتاب روشن می‌گردد- جامع‌ترین تألیف در این زمینه با اسلوب عصری روشن می‌باشد. خداوند توفیق دهنده به خیر و رشاد است.

مؤلف: أ – د- وهبة الزحیلی

وقف و وصیت

در فقه اسلامی

بخش اوّل

وصیت

وصیت‌ها[1]

موضوع وصایا متضمن سه فصل است: فصل اوّل در مورد وصیت، فصل دوّم در مورد تصرف بیمار در بیماری، فصل سوم در وصایت است.

اما فصل اول شامل هفت مبحث می‌باشد:

مبحث اوّل: معنی، مشروعیت، رکن و کیفیت انعقاد وصیت

مبحث دوّم: شروط وصیت

مبحث سوّم: احکام وصیت (صفت آن از جهت لزوم و عدم آن، اثر آن در تملیک، احکام وصیت کننده، احکام وصیت شونده، مقدار وصیت، وصیت برای وارث، وصیت به اندازه سهم وارث، وصیت با اجزاء و تنفیذ وصیت).

مبحث چهارم: مبطلات وصیت

مبحث پنجم: ازدحام وصیّت‌ها

مبحث ششم: وصیتی که قانوناً واجب می‌گردد.

مبحث هفتم: اثبات وصیت

---

[1]. مقصود از وصایا: آنچه که عام است برای وصیت و ایصاء. گفته می‌شود: ((أوصی لی فلان)) یعنی او را وصی قرار داد. اسمی که از این کلمه ساخته می‌شود وصایة است.

فصل اوّل: وصیت

این فصل مشتمل بر یک مقدمه و هفت مبحث می‌باشد:

مقدمه:

تاریخ وصیت: وصیت یک نظام قدیمی است، لیکن در برخی زمان‌ها با ظلم و بی‌انصافی همراه بوده است، نزد رومی‌ها سرپرست خانواده از راه وصیت حق تصرف بدون قید و شرط در املاک خویش را داشت، گاهی برای یک فرد اجنبی وصیت می‌کرد و فرزندانش را از حق میراث محروم می‌نمود، سپس قانونی تصویب شد که بر اساس آن یک چهارم میراث پدر به نفع فرزندان محفوظ داشته می‌شد و آن هم مشروط بر این‌که یکی از وارثین نسبت به مُوَرِث خویش کاری انجام نداده باشد که آتش خشم وکینه را در دل او برانگیخته باشد.

عرب‌های زمان جاهلیت از روی فخر و مباهات به نفع اجنبی‌ها وصیت می‌کردند و اقارب و نزدیکان خود را هم‌چنان در فقر و تنگدستی رها می‌ساختند.[1]

اما هنگامی که اسلام آمد قضیه وصیت را بر اساس حق و عدالت تصحیح گردانید، قبل از تشریع قانون میراث، اسلام مردم – صاحبان اموال – را به وصیت به نفع والدین و نزدیکان ملزم نمود، لذا در ابتدای اسلام وصیت به همه دارایی برای والدین و نزدیکان واجب بود، خداوند می‌فرماید: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ((هنگامی که یکی از شما را (امراض مخوف و اسباب و علل) مرگ فرا رسد، اگر دارائی فراوانی (با توجّه به عرف محلّ) از خود به جای گذاشت، (از سوی خدا قانون) وصیّت بر شما واجب شده است (و باید) برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیّت کند. این حق (واجبی) است بر پرهیزکاران.)) [بقره:۱۸۰]

هنگامی که آیات سوره نساء در رابطه با قانون ارث به طور مفصل نازل شدند، وصیت مشروع در اسلام را به دو چیز مقید نمود:

نخست: اعتبار نداشتن وصیت به نفع یکی از وارثین مگر با اجازه وارثین دیگر، زیرا پیامبرﷺ در خطبه‌ی حجة الوداع فرمود: ((إنَّ اللهَ أعطى كل ذى حَقٍّ حَقَّهُ، فلا وَصِيَّةَ لوارِثٍ))[1]:

---

[1] . الوصية فى الشريعة، تألیف مرحوم عیسوی احمد عیسوی، ص:۹ .

خداوند حق هرکسی را به او داده است، بنابراین وصیت برای وارث جایز نمی‌باشد. اما نسبت به والدین، سهم مشخصی برای آنان از ترکه واجب گردید و وصیت نسبت به غیر وارثین حکم مندوب و مستحب پیدا کرد.

دوم: محدود کردن مقدار وصیت به یک سوم از دارایی: زیرا پیامبرﷺ به سعد بن ابی وقاص که می‌خواست دوسوم یا نصف دارایی‌اش را وصیت کند، فرمود: ((الثُّلثُ والثُّلثُ کَثِیرٌ، إنَّکَ أإن تذر وَرَثَتَکَ أغنیاءَ خَیرٌ من أن تَدَعَهُم عالَةً یَتَکَففون النَّاسَ))[2]: یک سوم مالت را وصیت کن و یک سوم زیاد است، بی‌گمان اگر ورثه‌ات را بعد از خود ثروتمند رها کنی بهتر از آن است که آنان را فقیر رها کنی و آنان از مردم درخواست کمک نمایند.

اما افزون بر یک سوم حق ورثه‌ها است و بدون اجازه و موافقت آنان تنفیذ نمی‌گردد.

مبحث اول: معنی وصیت، مشروعیت، ارکان، کیفیت انعقاد و اثر آن[3]

نخست: معنی وصیت و انواع آن: وصیت به معنی تعیین وصیّ است، و در لغت به معنی سفارش به غیر جهت قیام به کاری در حال حیات او یا بعد از مرگ او، اطلاق می‌گردد. گفته می‌شود: أوصیتُ لَهُ یا اوصیتُ الیه، یعنی او را وصی و سفارش شده قرار دادم که سرپرستی بازماندگان را به عهده بگیرد، برای این معنی لفظ وصایة مشهور گشته است.

هم‌چنین بر قرار دادن مالی برای دیگری اطلاق می‌گردد، گفته می‌شود: ((وَصَّیتُ بکذا او أوصیتُ له)): یعنی آن مال را برای او قرار دادم. وصایا جمع وصیت شامل وصیت به مال یا وصی قرار دادن کسی و سفارش نمودن است. و در اصطلاح فقهاء عبارت است از این‌که مالی

---

[1]. این حدیث متواتر است و دوازده صحابی آن را روایت کرده‌اند، و پنج تن از تابعین آن را به صورت مرسل روایت کرده‌اند، از جمله صحابی‌هایی که راوی آن می‌باشند، می‌توان به افراد زیر اشاره کرد: ابوامامه نزد ابوداود، ترمذی، ابن ماجه، احمد، بیهقی و عبدبن حمید در مسندش با لفظ مذکور (نصب الرایة۴/۴۰۳-۴۰۵).

[2]. به روایت احمد و ائمه شش‌گانه از سعد بن ابی وقاص (نصب الرایة:۴/۴۰۱، نیل الاوطار:۴/۴۰۳-۴۰۵).

[3]. البدائع:۷/۳۳۰-۳۳۴، تکملة فتح القدیر:۸/۴۱۷-۴۱۹، ۵۱۱ القوانین الفقهیة و ردالمحتار:۵/۴۵۷-۴۵۹، اللباب:۴/۱۶۸، الشرح الصغیر:۴/۵۷۹-۶۰۱، القوانین الفقهیة:ص۴۰۵، بدایة المجتهد:۲/۳۲۸، و بعد از آن، مغنی المحتاج:۳/۳۸-۵۲، ۴۰، ۷۳، المهذب:۱/۴۴۹-۴۵۲، المغنی ۶/ ۵، ۲۵، کشاف القناع:۴/۳۷۱-۳۷۵، غایة المنتهی: ۲/۳۴۸- ۳۵۱-۳۵۲.

را در ملکیت کسی در آوردن از راه تبرع و نیکی کردن بعد از مرگ، اعم از این‌که آن مال جنس، بهره یا سود چیزی باشد. با این تعریف وصیت از بیع و هبه جدا می‌شود زیرا در این مورد چیزی به ملکیت کسی در آورده می‌شودکه مُنجَز و قطعی شده است و یا مانند منفعت چیزی مانند اجاره، و نسبت دادن به سبب دیگری غیر از مرگ، مانند اجاره‌ای که به وقتی در آینده - مانند اول ماه آتی- واگذار شده باشد. هم‌چنین از هبه متمایز می‌گردد زیرا هبه تبرع یا تملیک بدون عوض است، و به دلیل این‌که هبه در حال حیات هبه کننده انجام می‌گیرد. این تعریف بخشودن بدهی را هم شامل می‌شود، زیرا بدین وسیله بدهی را به ملکیت بدهکار در می‌آورد.

این چیزی است که در اینجا مورد نظرم می‌باشد که وصیت عقد یا تصرف در مال است، بعضی از فقها آن را با تعریفی گسترده‌تر از آنچه ذکر شد، تعریف کرده‌اند. گفته‌اند: وصیت عبارت است از امر به تصرف در مال و تبرع به آن بعد از مرگ او. بنابراین شامل وصیت برای انسانی که دختران او را به ازدواج در آورد یا او را غسل دهد یا در نماز میت بر او امام شود، می‌آید.

دو نوع وصیت: وصیت به صورت مطلق و مقید جایز است، وصیت مطلق این است که بگوید: برای فلانی چنین چیزی را وصیت کردم. وصیت مقید یا معلق این است که بگوید: اگر با این بیماری یا در این شهر یا در این سفر بمیرم، برای فلانی چنین چیزی باشد، هنگامی که آن شرط محقق گردد، وصیت او نیز صحیح است، در غیر این صورت مثل این‌که از بیماری شفا یابد یا در آن شهر و آن سفر نمیرد، وصیتش باطل می‌گردد، زیرا شرطی که وصیت به آن معلق گردیده، به وجود نیامده است.

قانون احوال شخصیه سوریه و قانون وصیت کشور مصر آن را این گونه تعریف کرده‌اند که وصیت عبارت است از: ((تصرف در ترکه بعد از مرگ)).

در بخشنامه توضیحی قانون کشور مصر آمده است: لفظ ((تملیک)) که در تعریف حنفی‌ها برای وصیت ذکر شده، به لفظ ((تصرف))[1] تغییر یافته است، تا این‌که شامل تمام موارد وصیت آید.

---

[1]. کلمه‌ی ((تصرف)) از کلمه‌ی ((عقد)) عام‌تر است، زیرا عقد عبارت است از ایجاب و قبول، اما تصرف همه آن‌چه که انسان خود را به آن پایبند می‌داند و حکم شرع بر آن جاری آید، شامل می‌شود اعم از این که از یک طرف صادر شود یا از هر دو طرف، و هم‌چنین شامل

وصیت موارد آتی را در بر می‌گیرد: وصیت شده، مال یا منافع باشد، موصی لَه اهل تصرف در مال باشد، مانند این‌که کسی با اسم و صفت از میان جمعی قابل شمارش تعیین گردد، یا این‌که از میان جمعی غیر قابل شمارش، مانند فقرا، باشد اما با صفت تعیین گردد، یا این‌که موصی‌لَه[۱] مصالح عمومی مانند اردوگاه‌ها یا مدارس باشد.

هم‌چنین اگر موصی‌به اسقاط بدهی باشد که در آن معنی تصرف و تملیک باشد، یا این‌که موصی‌به اسقاط محض باشد مانند آزاد ساختن کسی از کفالت، یا این‌که موصی‌به مال، منفعت یا اسقاط نباشد اما به خاطر ارتباط با مال، مالی محسوب شود، مانند وصیت به تأخیر بدهی که وقت پرداخت آن رسیده باشد، و وصیت به این‌که زمینش به فلانی فروخته شود.

مقصود از ترکه: هر آنچه که وارث از مورِّث خود به دست می‌آورد اعم از این‌که مال باشد یا منفعت یا حقی از حقوق دیگر که متعلق به مال است که با مرگ مورِّث به وارث می‌رسد.

دوّم: مشروعیت وصیت: این مطلب شامل دلایل مشروعیت، سبب، حکمت و نوع حکم شرعی می‌آید.

دلایل مشروعیت: دلایل مشروعیت وصیت قرآن، سنت، اجماع و دلایل عقلی می‌باشد.

دلایل آن در قرآن: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ((هنگامی که یکی از شما را (امراض مخوف و اسباب و علل) مرگ فرا رسد، اگر دارائی فراوانی از خود به جای گذاشت، وصیّت بر شما واجب شده است (و باید) برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیّت کند. این حق (واجبی) است بر پرهیزکاران.)) (بقره: ۱۸۰) و ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (((همه سهام مذکور در این آیه) پس از انجام وصیّتی است که مرده می‌کند و بعد از پرداخت وامی است که بر عهده دارد.)) (نساء:۱۱) و ﴿مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ (نساء:۱۲). آیه اولی بر مشروعیت وصیت برای نزدیکان دلالت می‌کند، و دو آیه آخر میراث را بعد از تنفیذ وصیت و ادای وام قرار داده است، اما

هر آنچه که انسان خود را به آن پایبند نمی‌داند. به خاطر این‌که وصیت طبق قول راجح نزد حنفی‌ها با یک اراده یعنی اراده‌ی وصیت کننده تحقق می‌یابد ، از قبیل تصرفات است.

[۱] . موصی به: مالی که وصیت می‌شود، موصی لَه: کسی که به نفع او وصیت می‌شود. وارث: بازماندگانی که از مرده ارث می‌برند، مُوَرِّث: صاحب ارث، صاحب مال که فوت می‌کند.

پرداخت بدهی مقدم بر وصیت است، به دلیل گفته‌ی حضرت علی‌ه که فرمود: ((شما این آیه ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ را می‌خوانید و پیامبرﷺ این‌گونه قضاوت نمود که بدهی را قبل از اجرای وصیت می‌پرداخت)).[۱]

دلایل وصیت در سنت: حدیث ابو وقاص که ذکر شد، ((یک سوم و یک سوم زیاد است))، و نیز حدیث زیر ((إنَّ اللهَ تصدقَ عند وفاتِكُم، بثلث أموالِكُم، زيادة لَكُم في أعمالِكُم))[۲]: خداوند به شما اجازه داده است که هنگام [فرارسیدن اسباب و علل] مرگتان یک سوم مالتان را وصیت کنید، تا با اعمال نیک‌تان افزوده شود. و حدیث: ((ما حَقُّ امرِىءٍ مُسلِمٍ يَبِيتُ لَيلَتَينِ، و لَهُ شيءٌ يُرِيدُ أن يُوصِيَ فيه إلا و وَصِيَّتُهُ مَكتُوبَةٌ عِندَ رَأسِهِ))[۳]. و نیز حدیث ابن ماجه که روایت می‌کند: ((اَلمَحرُومُ: من حرم الوصية، من مات على وصية مات على سبيل و سنة، و تقى و شهادة و ماتَ مغفوراً لَهُ)): محروم کسی است که از وصیت محروم شده باشد، کسی که بر وصیت بمیرد، بر راه و رواش و سنت مرده است و بر تقوی و شهادت مرده و در حالی مرده کهگناهانش مورد بخشش قرار گرفته است.

اجماع: علما بر جواز وصیت اجماع نموده‌اند.

دلایل عقلی: وصیت نیاز مردم است، سبب افزایش حسنات و اعمال نیک است، جبران تقصیرها و کم‌کاری‌های انسان در اعمال خیر است.

سبب مشروعیت یا حکمت وصیت: سبب و حکمت وصیت سبب و حکمت همه اعمال نیک است، که عبارت است از: دست یافتن به خیر دنیا و پاداش در آخرت. لذا شارع آن جهت به دست آوردن عمل صالح و پاداش دادن به کسی که با او احسان نموده، انجام صله‌ی رحم با نزدیکانی که از او ارث نمی‌برند، برطرف کردن نیاز نیازمندان و تسهیل سختی‌ها از ضعفا،

---

[۱]. به روایت ترمذی.

[۲]. پنج تن از صحابه یعنی ابوهریره، ابودرداء، معاذ، ابوبکر صدیق و خالدبن عبید این حدیث را روایت کرده‌اند، حدیث ابوهریره را با همین لفظ ابن ماجه و بزار روایت کرده‌اند (نصب الراية:۴/۳۹۹-۴۰۰).

[۳]. جماعتی این حدیث را از ابن عمر روایت کرده‌اند، بر اساس این حدیث نوشته را دلیل و سند قرار داده و به آن عمل می‌کنند هنگامی خط معروف و مشهور باشد (نیل الوطار:۶/۳۳) و معنی این حدیث آن است که: شایسته نیست که زمانی بر انسان بگذرد که در آن زمان از مال و ثروتی برخودار باشد، و قصد وصیت در آن را داشته باشد اما وصیتش را مکتوب ننویسد، این حدیث مسلمانان را به نوشتن وصیت تشویق می‌کند.

بینوایان و مساکین مشروعیت بخشیده است. این وصیت مشروط به پایبندی به نیکی یا عدالت و پرهیز از ضرر رساندن، مشروع گردیده است زیرا خداوند می‌فرماید: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ (((پرداخت حقوقی که در این آیه به میان آمد) پس از انجام وصیّتی است که بدان توصیه شده است و یا پرداخت وامی است که بر عهده مرده است. وصیّت و وامی که (به بازماندگان) زیان نرساند. (یعنی وصیّت از بیش از یک سوم نباشد و مرده از روی غرض اقرار به وامی نکند که بر عهده او نیست) .)) (نساء: ۱۲) و ابن عباس رضی الله عنه روایت می‌کند ((اَلاِضرارُفِی الوَصيَّةِ مِنَ الكَبائِرِ))[1]: زیان رساندن در وصیت یکی از گناهان کبیره می‌باشد. عدالت مطلوب عبارت است از این‌که بیشتر از یک سوم وصیت نکند. امام عدم تنفیذ وصیت برای وارث مگر با اجازه‌ی دیگر وارثان به این دلیل است که از کینه و حسادت و قطع صله‌ی رحم جلوگیری شود.

حکم شرعی وصیت: وصیت مستحب است، هرچند کسی که قصد وصیت دارد بیمار نباشد، زیرا مرگ ناگهانی به سراغ انسان می‌آید، وصیت به بخشی از دارایی بر کسی واجب نیست مگر این‌که وام و بدهی بر او باشد، یا امانتی نزد او باشد یا واجبی بر او باشد که در این صورت بر او واجب می‌گردد جهت رهایی از آن، وصیت کند، زیرا خداوند ادای امانت‌ها را واجب نموده و تنها راه آن وصیت کردن است.

دلیل بر واجب نبودن وصیت است که که بیشتر یاران پیامبر وصیت نکرده‌اند، و نیز به خاطر این‌که وصیت تبرع یا بخشش است در حال حیات واجب نیست تا این‌که بعد از مرگ واجب گردد مانند بخشش به فقرای اجنبی غیر از نزدیکان. اما آیه ۱۸۰ سوره بقره ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ﴾ چنان‌که ابن عباس و ابن عمر گفته‌اند، با آیه ۷ سوره نساء ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالأَقْرَبُونَ﴾ منسوخ گردیده است.

بعد از نسخ حکم وجوب وصیت، استحباب آن در حق کسانی که ارث نمی‌برند به دلیل احادیثی که بیان شد از جمله ((إنَّ اللهَ تصدقَ عند وفاتِكم، بثلث أموالِكُم)) هم‌چنان باقی‌ست.

---

[1] . زیان رساندن در وصیت این گونه است که به بیشتر از یک سوم را وصیت کند، زیان رساندن در وام این است که به قیمت پایین‌تر از قیمت آن بفروشد و چیزی را با قیمتی بیشتر از قیمت واقعی آن بخرد. حدیث دیگری از دار قطنی در این مورد روایت شده است.

به اتفاق اهل علم بهتر آن است که وصیتش را به نزدیکانی که از او ارث نمی‌برند به شرط فقیر بودن، اختصاص دهد، به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿وَآتِ ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ﴾ ((حق خویشاوند را بپرداز)). (اسراء:۲٦) و ﴿وَآتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى﴾ ((با وجود علاقه‌ای که به مال دارد (آن را) به خویشاوندان و ... بدهد)).(بقره:۱۷۷) و ﴿وَأُوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَن تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُم مَّعْرُوفاً﴾ ((و خویشاوندان نسبت به همدیگر (از نظر ارث بردن بعضی از بعضی) از مؤمنان و مهاجران، در کتاب یزدان (قرآن) از اولویّت بیشتری برخوردارند، (و پیمان مؤاخات و برادری موجب ارث نمی باشد)، مگر این که بخواهید در حق دوستان خود کار نیکی انجام دهید (و از طریق وصیّت، مقداری برای آنان به ارث بگذارید و بدیشان خوبی کنید، که این عمل مانعی ندارد).)) (احزاب:٦) در این آیه معروف به وصیت تفسیر شده است.

به دلیل این‌که صدقه دادن به خویشاوندان در دنیا بهتر است بعد از مرگ نیز وصیت برای آنان بهتر است، به گفته‌ی بیشتر علما اگر برای دیگران وصیت کند و آنان را ترک نماید، وصیتش صحیح است.

گاهی وصیت حکم مکروه یا حرام پیدا می‌یابد، با این توضیحات روشن می‌شود که وصیت با توجه به حکم شرعی‌اش چهار نوع است:

۱ . **واجب** : مانند برگرداندن امانت‌ها و پرداخت بدهی‌هایی که مستند ندارند، و وصیت به واجباتی که بر ذمه‌ی او باقی مانده‌اند از قبیل: زکات، حج، کفاره‌ها، فدیه روزه، نماز و... این مطلب مورد اتفاق همه [فقها] می‌باشد.

علمای شافعی مذهب گفته‌اند: وصیت به پرداخت حقوق از قبیل بدهی، برگرداندن امانتی‌ها و عاریه‌ها و تنفیذ وصیت‌ها در صورت وجود آن، توجه به کودکان، افراد دیوانه و سفیه سنت است. اما وصیت به برگرداندن حقوق انسان‌ها و غصب شده‌ها هنگامی که صاحب آن نامشخص باشد، واجب است.

۲ . **مستحب**: مانند وصیت برای خویشاوندان نزدیک که از او ارث نمی‌برند، و وصیت در راه نیکی و خیر و کمک به نیازمندان، کسی که مال زیادی را بعد از خود به جای می‌گذارد، مستحب است یک‌پنجم آن را برای خویشاوند فقیر وصیت کند، در غیر این صورت برای تهیدستان و علما و انسان‌های اهل دین و متقی وصیت کند.

۳. **مباح**: مانند وصیت برای ثروتمندان اعم از نزدیک و دور، این گونه وصیت‌ها جایز هستند.

٤. **مکروه تحریمی از دیدگاه حنفی‌ها**: مانند وصیت برای فاسقان و کسانی که اهل گناه هستند، مکروه است برای فقیری که ورثه داشته باشد، مگر این‌که ثروتمند باشد، در این صورت مباح است.

گاهی هم وصیت به اتفاق همه حرام و غیر صحیح است، مانند وصیت به گناه، از قبیل ساختن کلیسا یا تعمیر آن، نوشتن تورات و انجیل یا خواندن آن، یا نوشتن کتاب‌های گمراه کننده، و فلسفه و دیگر علوم حرام، وصیت به [خرید یا فروش یا خوردن] خمر، هم‌چنین وصیت به مازاد بر یک سومک برای فردی اجنبی، یا وصیت برای یکی از وارثین به چیزی بدون تعیین کردن آن، قول صحیح نزد حنابله است است که وصیت به بیشتر از یک سوم مکروه است، و وصیت برای یکی از وارثین حرام است.

بهتر آن است که صاحبان دارایی قبل از مرگ در زمان حیاتشان دارایی خود را در مسیر صحیح مصرف نمایند و آن را برای بعد از مرگشان باقی نگذارند، زیرا احتمال آن می‌رود که بعد از مرگ او سهل انگاری شود و در مسیر صحیح مصرف نگردد، و به دلیل این‌که ابوهریره‌ﷺ روایت می‌کند که از پیامبرﷺ پرسیده شد کدام صدقه بهتر است؟ پیامبرﷺ فرمود: ((أن تتصدَّقَ و أنتَ صَحیحٌ شَحیحٌ، تأمَلُ الغِنی، و تَخشَی الفَقرَ، و لا تُمهِل حتی إذا بَلَغَتِ الرُّوحُ الحُلقُومَ، قُلتَ لِفلانٍ کذا، و لِفلانٍ کذا، و قد کان لفلانٍ))[۱]: بهترین صدقه آن است که مالت را صدقه دهی در حالی‌که صحیح و سالم هستی و حرص و طمع مال در دلت قرار دارد، آرزوی پولدار شدن را داری و از فقر و تنگدستی می‌ترسی، و به تأخیر نینداز تا زمانی که روح به حلقوم برسد آنگاه بگویی برای فلانی این‌چنین و برای فلانی این‌چنین، در حالی که مال به آنان اختصاص پیدا کرده است.

بنابراین دادن صدقه در حال حیات بهتر از وصیت است، زیرا صدقه دهنده پاداش صدقه‌اش را در جلویش می‌بیند و به دلیل حدیث ابوهریره که بیان شد.

---

[۱]. به روایت شیخین و اصحاب سنن بجز ترمذی، و به روایت امام احمد در مسندش. صَحیحٌ شَحیحٌ: به آن اشاره دارد که انسان غالباً در حالت قوت و توانایی بخیل می‌گردد، زیرا آرزوی بقا و ماندن را در سر دارد، و از فقر می‌ترسد، در چنین حالتی پاداش صدقه‌اش بیشتر است. ((بلغت الحلقوم)) یعنی روح به گلو نزدیک شود.

سوم: ارکان وصیت:

صاحب درالمختار از علمای احناف می‌گوید: وصیت یک رکن دارد که عبارت است از صیغه‌ی ایجاب از طرف وصیت کننده، این‌که بگوید: برای فلانی چنین چیزی را وصیت می‌کنم، اما قبول موصی‌لَه شرط است، رکن نیست، یعنی صیغه‌ی ایجاب برای لزوم وصیت و ثبوت ملکیت موصی‌به برای او شرط است.

این گفته‌ی زفر است که قول راجح نزد احناف می‌باشد، زیرا مُلک مُوصی‌لَه به منزله‌ی ملک وارث است، زیرا هر دو با مرگ موصِی به آنان منتقل می‌شود، مُلک وارث به قبول نیاز ندارد، پس مُلک مُوصی‌لَه بر آن قیاس می‌شود.

قانون احوال شخصیه سوریه(م۲۰۷) و مصر (م۱) بر اساس این نظریه به تصویب رسیده است، بدین وسیله وصیت تصرفی است که تنها با خواست و اراده شخص ایجاد می‌شود.

«الکاسانی» در «البدایع» گفته است: ارکان وصیت نزد علمای احناف سه تا هستند: ایجاب و قبول، همانند سایر معاملات از قبیل هبه و بیع، زیرا ملکیت چیزی برای انسان خودبخود بدون قبول و تلاش او ثابت نمی‌شود. زیرا اثبات ملک برای انسان بدون قبول او به ضرر رساندن به او خواهد کشید، بر خلاف میراث، زیرا ملکیت آن برای وارث جبراً از طرف شارع ثابت می‌گردد، پس قبول در آن شرط نیست.

مقصود از قبول: آن است که صریح باشد مانند: قبول کردم، یا دلالتی باشد مانند مرگ موصی‌لَه قبل از مرگ موصِی بدون قبول و رد. و قبول وصیت جز بعد از مرگ موصِی صحیح نیست، اگر موصی‌له بعد از مرگ موصِی آن را قبول کرد ملکیت موصی‌به برایش ثابت می‌شود، اعم از این‌که آن را قبض کرده باشد یا نه. در صورتی‌که بعد از مرگ موصِی و قبل از قبول یا رد بمیرد ملکیت موصی‌به به ورثه‌ی او منتقل می‌شود.[1] اما اگر موصی لَه در حال حیات آن را قبول یا رد کرد، باطل می‌شود. این گفته را کاسانی و قدوری ذکر کرده‌اند، وقول راجح نزد احناف این است که وصیت با اراده موصِی محقق می‌گردد.

مفاد قانون مصری(م۲۰-۲٤) بر اساس مذهب حنفی و غیره آمده است: با قبول موصی‌له بعد از مرگ موصِی وصیت محقق و ثابت می‌گردد، این نظریه احناف است. به جای جنین،

[1]. م ۹۳ من مرشد الحیران لقدری باشا.

صغیر و محجورعلیه کسی که بر آنان ولایت دارد، آن را قبول می‌کند، حکم جنین طبق مذهب شافعی و حکم محجورعلیه بر اساس مذهب مالکی می‌باشد.

اگر وصیت در مسیر خیری از قبیل مؤسسات علمی، دینی، اردوگاه‌ها، بیمارستان و غیره باشد، شرعاً و قانوناً کسانی این وصیت را قبول می‌کنند که عهده‌دار و نماینده آن می‌باشند، و قبول کسانی که برای ایشان وصیت شده از قبیل طلبه‌های آن مدرسه و افرادی که اردوگاه‌ها و بیمارستان‌ها حضور دارند، شرط نیست، این حکم بر اساس مذهب شافعی و مذهب امامیه می‌باشد.

بر اساس ماده‌ی (۲۰)قانون اگر مؤسسات خیریه نمایندگانی نداشته باشند که این وصیت را قبول کنند، آن‌گاه بدون قبول واجب و محقق می‌گردد و در این مورد بین مذاهب خلافی وجود ندارد.

در ماده‌ی (۲۱) طبق مذهب شافعی آمده است: هنگامی که موصی‌لَه قبل از قبول یا رد بمیرد، وارث به جای او وصیت را قبول می‌کند.

بر اساس مذهب حنفی قبول وصیت هم قبل از مرگ وصیت کننده جایز است هم بعد از مرگ او، اما این‌که موصی‌لَه قبل از مرگ وصیت‌کننده بعضی یا همه مال وصیت شده را رد کند، باطل است.

بر اساس ماده‌ی (۲۳) مطابقت قبول با ایجاب شرط لزوم وصیت نیست، و وصیت در آنچه که قبول کرده باشد، واجب می‌گردد و در آنچه که رد کند، باطل است، این مذهب حنفی است

جمهور علما گفته‌اند وصیت چهار رکن دارد: موصی(وصیت کننده) موصی‌لَه (کسی که برای او وصیت می‌شود) موصی‌به (مالی که وصیت می‌شود. و صیغه. و صیغه با ایجاب موصِی و قبول موصی‌لَه محقق می‌گردد وصیت کننده می‌گوید: برای فلانی چنین چیزی را وصیت می‌کنم، یا به فلانی بعد از مرگم فلان چیز را بدهید. قبول و رد در زمان حیات موصِی صحیح نیست و فوریت در قبول بعد از مرگ وصیت کننده شرط نیست. اگر وصیت برای موردی عمومی مانند مسجد باشد، یا برای غیر معین مانند فقرا باشد، در این صورت بدون قبول واجب می‌گردد. طبق قانون احوال شخصیه سوریه در ماده(۲۲۵) اگر وصیت برای جهتی عمومی باشد، نیازی به قبول ندارد و با رد کسی هم رد نمی‌شود.

چهارم: کیفیت انعقاد وصیت یا راه‌های ایجاد آن و اثراین عقد:

وصیت شرعاً با یکی از روش‌های زیر منعقد می‌گردد: گفتار، نوشتن، یا اشاره‌ای که مفهوم باشد، قانون هم این مورد تأییدکرده است[۱].

گفتار: این‌که وصیت با لفظ صریح منعقد می‌گردد هیچ یک از فقها مخالف نبوده است؛ مثل این‌که بگوید: برای فلانی چنین چیزی را وصیت می‌کنم و با لفظ غیر صریح که با قرینه فهمیده شود مانند این‌که بگوید: قرار دادم برای فلانی بعد از مرگم، یا این‌که بگوید: شاهد باشید که من برای فلانی به چنین چیزی وصیت می‌کنم.

چنان‌که دانستیم از دیدگاه جمهور فقها غیر از علمای احناف قبول وصیت بعد از مرگ وصیت‌کننده خواهد بود و در حال حیات او اعتباری ندارد. اگر موصی‌لَه قبل از موصِی بمیرد، وارثان او به نیابت از او آن را قبول می‌کنند. اما نزد احناف قبول قبل از مرگ هم جایز است.

هنگامی که موصی‌لَه بالغ و عاقل باشد قبول او معتبر است در غیر این صورت باید ولی او صیغه‌ی قبول را بگوید. هنگامی که موصی‌لَه غیر معین - مانند مسجد، فقرا و مساکین- باشد، با مرگ وصیت‌کننده بدون قبول آن وصیت واجب می‌گردد زیرا در این حالت قبول ممکن نمی‌باشد و از دیدگاه احناف ناقص الاهلیه مانند ممیز و محجور علیه به علت سفه یا می‌توانند وصیت را قبول کنند.

نوشتن: هم‌چنین اختلافی وجود ندارد که وصیت با نوشتن منعقد می‌گردد در صورتی که وصیت‌کننده قادر بر سخن گفتن نباشد به‌خاطر این‌که گنگ است. و از دیدگاه احناف و حنابله کسی که زبانش بند شده باشد و گره و بند آن طولانی شود و مردم از توانایی او بر سخن گفتن نا امید شده باشند، حکم او مانند فرد گنگ (اخرس) است.

اما از دیدگاه شوافع وصیت کسی که زبانش بند شده است، مانند اخرس(لال، گنگ) با نوشتن یا اشاره به طور مطلق صحیح است، قانون نیز به این رأی عمل می‌کند.

کسی که توانایی سخن گفتن را داشته باشد، وصیت[۲] او با نوشتن هم منعقد می‌گردد، و آن زمانی خواهد بود که ثابت شود آن نوشته از دست‌خط او می‌باشد و آن هم جز با اقرار وارث یا

---

۱. فقره‌ی نخست از قانون وصیت مصری و ماده (۲۰۸) از قانون احوال شخصیه سوریه.

۲. مستحب است در ابتدای وصیتش بنویسد: بِسمِ اللهِ الرَّحمنِ الرَّحِیم. این وصیت فلانی است، او به کلمه شهادت ((اشهد ان لا اله الاّ الله، وحده لا شریک لَه، و أنَّ محمداً عبده و رسولُهُ)) اقرار می‌کند و شهادت می‌دهد که بهشت حق است و دوزخ حق است، در برپایی قیامت شکی نیست، خداوند مردم را از قبرهایشان زنده می‌کند، و به وارثین خود توصیه می‌کنم

شاهدی که شهادت دهد آن نوشته از دست‌خط اوست هرچند زمانی طولانی هم از آن گذشته باشد ممکن نیست.

این قول راجح نزد حنابله می‌باشد. و احناف و مالکیه گفته‌اند: هنگامی که شخصی وصیتش را با دست خود بنویسد، سپس به تعدادی بگوید بر آنچه که در این نوشتار است شهادت دهید، جایز است.

و شوافع گفته‌اند: نوشتن کنایه است، یعنی وصیت با نوشتن همراه با نیّت منعقد می‌گردد، همانند بیع، و برای اثبات نوشتن با شهادت شرط کرده‌اند که وصیت‌کننده شاهدین را بر آن‌چه که در آن نوشتار است اطلاع دهد، پس اگر شاهدین را بر آنچه در نوشتارش است مطلع نگرداند، وصیت او منعقد نمی‌گردد.

و دلیل بر جواز اکتفا به نوشتن این است که: نوشتن در بیان مقصود چیزی کمتر از گفتن نمی‌باشد بلکه در وقت نیاز به اثبات از گفتن هم قوی‌تر است.

اما اشاره‌ای که مفهوم باشد: وصیت اخرس یا کسی که زبانش بند شده است با اشاره‌ای که مفهوم باشد منعقد می‌گردد به شرط این‌که از اصلاح زبان بند شده نزد احناف و حنابله نا امید شده باشد و با همان حالت بمیرد، اما اگر ناتوان از حرف زدن بتواند بنویسید، در این صورت وصیت او تنها با نوشتن منعقد می‌گردد زیرا دلات نوشتن بر مقصود دقیق‌تر و محکم‌تر است، قانون نیز به این مورد قضاوت می‌کند.

تز دیدگاه مالکیه وصیت با اشاره‌ای مفهوم منعقد می‌گردد هر چند وصیت کننده بتواند سخن بگوید.

و خلاصه این‌که وصیت کسی که بتواند سخن بگوید با تلفظ و گفتار و هم‌چنین با اشاره‌ای مفهوم نزد مالکیه صحیح است، و اخرس و کسی که زبانش بند شده باشد وصیتش با عبارت یا کتابت یا اشاره منعقد می‌گردد زمانی که نتواند بنویسد، اگر عالم به نوشتن باشد، طبق رأی بیشتر فقها وصیت او جز با نوشتن صحیح نمی‌باشد. اما قانون مقرر داشته که وصیت ناطق

که تقوای الهی را رعایت کنند، در میان خود صلح و صفا به راه اندازید، و اگر مسلمانید از خدا و پیغمبرش فرمانبرداری کنید. و آنان را توصیه می‌کنم به آنچه که حضرت ابراهیم و یعقوب فرزندانشان را به آن توصیه می‌کردندک ﴿و ابراهیم فرزندان خود را به این آئین سفارش کرد، و یعقوب ای فرزندان من! خداوند، آئین را برای شما برگزیده است. و نمیرید جز این که مسلمان باشید.﴾ (بقره:۱۳۲) و واجب است کسی که حق دیگران بر ذمه‌ی او باشد و شاهدی وجود نداشته باشد، برای پرداخت آن بدهی وصیت کند.(غاية المنتهى:۳۴۸/۲ به بعد)

جز با تلفظ یا کتابت منعقد نمی‌گردد و مذهب احناف هم بر این است که با اشاره صحیح نیست. اما اخرس و کسی که زبانش بند آمده و بیماری که نتواند سخن بگوید، اگر عالم به کتابت باشد، وصیت او تنها با نوشتن صحیح است، اما در صورتی که سواد نوشتن نداشته باشد، وصیت او با اشاره منعقد می‌گردد.

قبولِ مورد نظر: فقها در این مورد دو نظریه دارند:

نظریه اوّل— نظریه احناف است: قبول مطلوب یعنی این‌که رد نشود، پس کافی‌ست با لفظ صریح بگوید: این وصیت را قبول کردم یا به آن راضی شدم، یا قبول مفهومی باشد مانند این‌که در آن مال وصیت شده دخل و تصرف نماید، آن را بفروشد یا به کسی ببخشد یا به اجاره واگذار نماید.

موصی‌لَه با قبول، مالکِ موصی‌به می‌گردد جز در یک مسأله: و آن این‌که وصیت کننده بمیرد سپس موصی‌لَه قبل از قبول وصیت بمیرد، آنگاه مال وصیت شده در ملکیت وارثین موصی‌لَه داخل می‌شود. زیرا وصیت از جانب وصیت کننده با مرگ او ثابت شده است و از جهت او قابل فسخ نمی‌باشد، بلکه در حق موصی‌لَه متوقف است، هنگامی‌که او هم بمیرد در ملکیت او داخل می‌شود، چنان که اگر مشتری در اثنای زمان اختیاری که به او داده شده است بمیرد، آن مال خریده شده در ملکیت او داخل است. قانون سوریه (م۲۲٦) به نظریه احناف در اکتفا کردن به عدم رد عمل می‌کند.

دوّم – جمهور: جمهور فقها بر این اعتقاد هستند که باید قبول صورت بگیرد چه با گفتن یا چیزی که جای گفتن را بگیرد از جمله دخل و تصرفهایی که بر رضایت او دلالت می‌کنند، و تنها به رد نکردن او اکتفا نمی‌شود، زیرا رد نکردن قبولِ مطلوب نیست. قانون وصیت مصر به این نظریه در ماده(۲۰) عمل کرده است.

آیا در قبول، فوریت شرط است؟

فقها اتفاق نظر دارند بر این‌که قبول در مدتی معین باشد، شرط نیست، و فوریت در قبول یا رد شرط گرفته نمی‌شود، بلکه با تأخیر پذیرفته می‌شود، بنابراین بعد از وفات جایز است، هر چند بعد از زمانی طولانی باشد، زیرا فوریت تنها در معامله‌های قطعی که قبول آن مرتبط با ایجاب است، شرط می‌باشد مانند بیع، و وصیت جزو بیع نمی‌باشد. نظر شوافع بر این است که

وارثین حق دارند از موصی‌لَه بخواهند که آن وصیت را یا قبول کند یا رد، پس اگر بعد از مطالبه امتناع ورزید، امتناع ورزیدن او به معنی نپذیرفتن آن وصیت است، این امر معقول و قابل قبول است، زیرا بدین وسیله ضرر از وارثین برطرف می‌گردد. و حنابله گفته‌اند: اگر از قبول و رد امتناع کرد، بر او حکم می‌شود که آن وصیت را رد کرده و حق او ساقط می‌گردد.

جهت رعایت دفع این ضرر قانون سوریه فقره ۱ مصوبه ۲۲۷ تصویب کرده است که رد وصیت یا در خلال سی روز پس از وفات وصیت کننده باشد، یا سی روز بعد از روزی که موصی‌لَه از آن وصیت مطلع می‌شود، در صورتی‌که از زمان وفات مطلع نبوده، این قضیه از قبیل سیاست شرعی می‌باشد، تا اینکه دفع ضرر از ورثه و ترکه شده باشد.

قانون مصر (م۲۲) تصویب کرده است: کسی‌که حق تنفیذ وصیت را دارد، با اعلان رسمی از موصی‌له بخواهد آن را قبول یا رد کند و برای این امر سی روز را وقت تعیین کرده است، پس اگر جوابی از طرف موصی‌له به او نرسید، وصیت باطل می‌شود و جواب ندادن موصی‌له به منزله‌ی نپذیرفتن خواهد بود، و آن هم به شرطی که موصی‌له برای این تأخیر عذر مقبول نداشته باشد. این مصوبه بر اساس مذهب شافعی و حنبلی می‌باشد.

تقسیم شدن رد و رد کردن بعضی:

گاهی رد قابل تجزیه و بخش شدن است، در این صورت موصی‌لَه قسمتی از مال وصیت شده را قبول کرده و قسمتی دیگر را رد می‌کند، مثال این مورد مانند این‌که صاحب مال یک منزل مسکونی و یک زمین زراعی را برای کسی وصیت کند، آن شخص منزل را قبول و زمین زراعی را رد کند، در این صورت وصیت در قسمتی که او قبول کرده، تنفیذ می‌گردد و در قسمتی که قبول نکرده، باطل می‌شود، زیرا او به مصلحت خود آگاه‌تر است، و در تجزیه آن وصیت به دیگری ضرر نمی‌رسد، آنچه را که بخواهد قبول می‌کند و آنچه که علاقه‌ای به آن ندارد نمی‌پذیرد، یعنی مطابقت قبول با ایجاب واجب نیست.

اگر وصیت برای جماعتی باشد، بعضی‌ها آن را قبول و بعضی دیگر رد کنند، در این صورت وصیت برای کسانی که آن را قبول کرده‌اند: واجب می‌گردد، و در حق کسانی که آن را نپذیرفته‌اند، باطل خواهد بود. زیرا باطل بودن آن در سهم کسانی که آن را نپذیرفته‌اند هیچ تأثیری بر صحت این وصیت در سهم کسانی که آن را قبول کرده‌اند ندارد.

لیکن اگر وصیت‌کننده عدم تجزیه را شرط کرده باشد در این صورت عمل به شرط واجب است، زیرا شرط وصیت کننده در صورتی که با شریعت مخالف نباشد، محترم است.

قوانین به این احکام تصریح نموده‌اند.[۱]

پشیمانی از رد یا قبول:

زمانی که موصی‌لَه مال وصیت شده را قبول یا رد کند، در این صورت جایز نیست از رد به قبول یا از قبول به رد تصمیمش را تغییر دهد، مگر این‌که وارثین این اجازه را به او بدهند، اگر همه ورثه‌ها یا یکی از آنها رد کردن موصی‌لَه را قبول کنند، در این صورت وصیت فسخ شده و مال وصیت شده جزو ترکه‌ی مرده قرار می‌گیرد، اما اگر ورثه‌ها رد کردن او را نپذیرفتند، رد کردن موصی‌لَه پذیرفته نمی‌شود و وصیت هم‌چنان بر حکم خود باقی خواهد ماند. قانون[۲] [وصیت در مصر و سوریه] با عمل به مذهب حنفی این مورد را تصویب کرده‌اند، طبق مذهب حنفی رد کردن بعد از قبول جایز است و وصیت فسخ می‌شود در صورتی که همه ورثه‌ها یا یکی از آنها رد کردن موصی‌له را قبول کنند.

شوافع وحنابله گفته‌اند: بعد از قبول یا قبض، رد کردن جایز نیست، زیرا با قبول ملکیت ثابت و با قبض استقرار می‌یابد، پس صحیح نیست آن را رد کند، زیرا ملکیت مالِ وصیت شده بر او استقرار یافته و نپذیرفتن آن در این صورت شبیه رد کردن سایر مملوکاتش می‌باشد، مگر این‌که ورثه‌ها راضی به آن باشند، در این صورت هبه‌ای از طرف او به ورثه‌ها می‌باشد که به شرایط هبه نیاز دارد.

اما در صورت حصول رد بعد از قبول و قبل از قبض تز دیدگاه شافعی‌ها بر دو وجه است: وجه اوّل که منصوص است، این است که رد کردن آن جایز است، زیرا توسط انسانی به ملکیت او در آمده است، پس رد کردن آن قبل از قبض صحیح است، چنان که در وقف جایز است[قبل از قبض وقف کند]. نزد حنابله اگر موصی‌به با پیمانه یا وزن کردن اندازه گیری شود، رد کردن آن قبل از قبض جایز است، زیرا تا قبض نکند به ملکیت او در نمی‌آید، پس با رد کردن قبل از قبول مشابهت دارد، اگر غیر آن باشد، رد کردن جایز نیست، زیرا با قبول به ملکیت او در می‌آید، پس همانند مال قبض است هرچند قبض نکرده باشد.

---

۱. ماده ۲۳ از قانون وصیت مصر در سال ۱۹۴۶، و ماده ۲۲۸ در قانون سوریه.

۲. ماده ۲۴ از قانون وصیت مصری، و ماده ۲۲۹ از قانون سوریه.

هرجا که رد کردن صحیح باشد، بدان وسیله وصیت باطل شده و مال وصیت شده به ترکه برمی‌گردد، و برای همه ورثه‌ها خواهد بود، زیرا اصل بر ثبوت ملکیت آن برای همه است.

قول راجح شوافع و حنابله است مبنی بر این‌که بعد از قبول هرچند قبض هم نکرده باشد، صحیح نیست رد کند، مگر این‌که بخششی نو از طرف او باشد، در این صورت حکم بخشش جدید پیدا می‌کند، زیرا ملکیت آن برای موصی‌له از طرف وصیت کننده ثابت شده، نه از طرف ورثه، اما قانون به نظریه احناف عمل می‌کند.

رد کردن به این صورت است که بگوید: این وصیت را رد کردم، یا بگوید: آن را قبول نمی‌کنم، یا جمله‌ای دیگر که در معنی مشابه این جمله‌ها باشد.

چه کسی مالک قبول یا رد است؟

أ. فقها اتفاق نظر دارند که اگر موصی‌لَه معین و دارای اهلیت کامل و رشد و صلاح باشد، خود مالک رد یا قبول وصیت است، زیرا خود صاحب ولایت بر خود است.

ب. هم‌چنین اتفاق نظر دارند بر این‌که اگر موصی‌لَه فاقد اهلیت باشد، مثل این‌که دیوانه،کودن یا کودکی باشد که به سن تمیز نرسیده است، نمی‌تواند آن را قبول یا رد کند، زیرا سخن او اعتبار ندارد، بلکه ولی او آن را قبول یا رد می‌کند.

ج. نیز اتفاق نظر دارند بر این‌که اگر موصی‌لَه غیر معین باشد، به قبول یا رد نیاز ندارد، بلکه با مجرد ایجاب وصیت کننده، وصیت واجب می‌گردد، قانون سوریه(م۲۲۵) به این مورد عمل می‌کند، اما طبق قانون مصر(م۲۰) در مؤسسات خیریه، نمایندگان آن حق قبول یا رد را دارند، در صورتی‌که نمایندگانی نداشته باشد، وصیت بدون نیاز به قبول، واجب می‌گردد.

د. در رابطه با کودکی که به سن تمیز نرسیده- که دارای اهلیت ناقص است- و محجور علیه به خاطر سَفَه یا غفلت، آرای فقها متفاوت است:

احناف گفته‌اند: می‌تواند قبول کند، زیرا وصیت همانند هبه و استحقاق وقف، نفع محض است، و نه او نه ولی‌اش حق رد کردن آن را ندارند، زیرا رد کردم ضرر محض است، و آنان مالک ضرر نیستند.

و جمهور فقها گفته‌اند: امر قبول و رد به جای کسی که از اهلیت ناقص برخوردار است، به ولی او واگذار می‌شود، و او آنچه را دارای مصلحت باشد، انجام می‌دهد.

مرگ موصی‌لَه قبل از قبول یا رد وصیت

هنگامی که موصی‌لَه بعد از مرگ وصیت کننده بدون قبول یا رد بمیرد، از نظر احناف با استناد به قاعده استحسان وصیت صحیح است؛[1] زیرا مرگ به منزله‌ی قبول ضمنی می‌باشد، و به دلیل این‌که تنها شرط محقق گردیدن وصیت برای موصی‌لَه رد نکردن است، بنابراین وصیت تحقق می‌یابد و موصی‌به در ملکیت ورثه‌ی موصی‌له داخل می‌شود.

و بعد از مرگ وصیت کننده به نظر جمهور فقها[2] حق قبول یا رد به ورثه‌های موصی‌له منتقل می‌شود، هرکس آن را قبول یا رد کند، حکم آن را می‌یابد زیرا جزو مملوکات مُوَرِّث آنان بوده که بعد از مرگ او به وارثانش منتقل می‌شود، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((من تَرَکَ حَقاً او مالاً فَلِوَرَثَتِهِ)): هرکس حق یا مالی که بعد از خود بگذارد، برای وارثان او خواهد بود.

زمان ثبوت مال وصیت شده برای موصی له

حکم وصیت به معنی جاری شدن اثر آن: عبارت است از انتقال ملکیت مال وصیت شده به موصی‌لَه با ملکیت جدید،که موصی‌له بعد از وفات موصِی آن را قبول می‌کند، با این قبول، به اتفاق فقها وصیت واجب و محقق می‌گردد.

فقها اتفاق نظر دارند بر این‌که اگر وصیت کننده موعدی را مانند شروع یک ماه، برای ملکیت تعیین کند، ملکیت آن از همان وقت تعیین شده شروع می‌شود. زیرا شرط وصیت کننده در صورتی که با مقاصد شرع مخالفت نداشته باشد، باید رعایت شود. اما اگر وصیت‌کننده برای شروع ملکیت وقتی را تعیین نکند، در صورتی که موصی‌له بعد از وفات قبول کند، ملکیت او بلافاصله بعد از وفات وصیت‌کننده ثابت می‌شود. چنان‌که قبول او تأخیر شود، فقها به دو دسته تقسیم شده‌اند؛ یکی نظریه احناف و دیگری نظریه شوافع، و مشهور در مذهب مالکی با قبول است، با استناد به مرگ وصیت‌کننده، یعنی دارای اثری رجعی است، و از دیدگاه برخی مالکیه و حنابله قبول مجرد است.

علمای احناف[3] گفته‌اند: قبول شرط صحت وصیت نیست، بلکه شرط ثبوت ملکیت مالِ وصیت شده برای موصی‌له است، قبول موصی‌له شرط است برای افاده‌ی ملکیت برای او، قبل از

---

[1]. الکتاب مع اللباب۴/۱۷۰.

[2]. الشرح الکبیر مع الدسوقی: ۴/۴۲۴، مغنی المحتاج:۳/۵۴، المغنی:۶/۲۳ به بعد، غایة المنتهی:۲/۲۵۲.

[3]. البدایع:۷/۳۸۵،۳۳۲، الدر المختار و ردالمحتار:۵/۴۶۰، ۴۶۵، تکملة فتح القدیر مع حاشیة العنایة:۸/۴۳۰، حاشیة الشبلی علی الزیلعی:۶/۱۸۴، الکتاب مع اللباب:۴/۱۷۰.

قبول، مالک چیزی نمی‌گردد جز در یک مسأله و آن چنان‌که دانستیم، هنگامی است که وصیت کننده بمیرد سپس موصی‌له قبل از قبول بمیرد.

هنگامی که موصی‌له قبول کند، ملکیت آن چیز به شرطی که از یک سوم مال وصیت‌کننده بیشتر نباشد، از زمان وفات وصیت‌کننده برای او ثابت می‌شود، چنان که بعد از مرگ او قبول نکند، وصیت معلق بر قبول او خواهد بود، نه در ملکیت وارث است و نه در ملکیت موصی‌له، تا این‌که قبول کند یا بدون قبول و رد بمیرد.

علمای شوافع[۱] گفته‌اند: قول اظهر این است که ملکیت [مال وصیت شده برای] موصی‌له معلق است، اگر قبول کند، روشن می‌شود که آن مال از زمان وفات وصیت‌کننده برای او بوده است، و اگر قبول نکند، روشن می‌شود که برای وارث بوده است، یعنی در نظر شوافع همانند احناف ملکیت از زمان وفات وصیت کننده شروع می‌شود اما جز با قبول ثابت نمی‌گردد. قول مشهور نزد مالکی‌ها[۲] رعایت دو امر است یعنی ملکیت از وقت قبول و وقت مرگ با هم ثابت می‌شود، با قبول ثابت می‌شود که موصی‌له از زمان وفات وصیت کننده مالک این مال بوده است.

و نظریه برخی از مالکیه و حنابله[۳] بنابر قول صحیح بر این است موصی‌له جز با قبول مالک نمی‌گردد، و این زمانی است که وصیت برای شخصی معین باشد، چنان که در سایر معاملات با قبول، مالک شیء خریداری شده می‌گردد، و به خاطر این‌که قبول سبب را کامل می‌کند و حکم بر سبب مقدم نمی‌شود. پس ملکیت با قبول ثابت می‌گردد و وجود آن به ما قبلش استناد نمی‌شود.

قول راجح نزد من همان نظریه اوّل است، ملیکت با استناد به زمان وفات ثابت می‌گردد، زیرا قصد وصیت‌کننده از وصیتش این بوده است، قانون سوره به این نظریه عمل می‌کند.[۴]

نتیجه و ثمره اختلاف این است که ملک افزوده شده بر مال وصیت شده در فاصله زمان بین مرگ و قبول از قبیل نسل حیوان، ثمره‌ی بستان، اجاره‌ی منزل، پشم گوسفند و دیگر

[۱] . مغنی المحتاج:۵۴/۳.

[۲] . الشرح الصغیر:۵۸۲/۴ و با بعد آن، الشرح الکبیر مع الدسوقی:۴۲۴/۴.

[۳] . المغنی:۲۵/۶، ۱۵۸، کشاف القناع:۳۸۱/۴.

[۴] . الفقرة الثانیة من مادة ۲۵ من القانون المصری، و الفقرة الاولی من المادة(۲۵۴) من القانون السوری.

افزودنی‌های جداگانه از آنِ چه کسی خواهد بود؟ از زواید متصل از قبیل چاقی حیوان در صورتی که بیشتر از یک سوم نباشد، از آنِ موصی‌لَه خواهد بود.

بنابر نظریه اوّل: زواید بعد از مرگ مُوصِی و قبل از قبول موصی‌لَه از آنِ ورثه خواهد بود و نفقه‌ی آن نیز به عهده‌ی آنان است، اما احناف با شوافع در به حساب آوردن زواید از یک سوم، اختلاف نظر دارند، احناف گفته‌اند: آن زواید از اصلِ وصیت شده خواهد بود به شرط این‌که همراه با اصل بیشتر از یک سوم کل مال مُوصی نگردد.

شوافع گفته‌اند: آن زواید رشد زاید بر اصل وصیت شده خواهد بود و در حساب یک سوم مال داخل نیست، بنابراین برای موصی‌لَه خواهد بود، این قول ارجح است، زیر ا این زواید بر ملک موصی‌لَه ایجاد شده است، پس به او داده می‌شود و قانون نیز به این نظریه عمل می‌کند.

معلق کردن وصیت به شرطی از شروط:

وصیت در حال حیات وصیت‌کننده محقق نمی‌گردد؛ زیرا طبیعتاً وصیت عقدی است که به بعد از مرگ مربوط می‌شود، هر عقدی اجرا و به ثمر رسانی را می‌پذیرد جز وصیت و تعیین وصیّ، زیرا مفهوم این دو به آینده مربوط می‌شود.

قانون کشورهای مصر و سوریه نسبت دادن وصیت به آینده و معلق و مقید کردن کردن آن به شرط صحیح را صحیح دانسته‌اند.

معلق کردن وصیت به آینده صحیح است مانند این‌که وصیت کند که فلانی از شروع سال دوم بعد از وفاتم یا از شروع فلان ماه در این مسکن سکونت گزیند، وصیت و تعیین وصیّ محقق نمی‌گردند مگر این‌که به آینده نسبت داده شده باشد.

اما معلق کردن وصیت به شرطی صحیح، جایز است بنابراین‌که تنفیذ وصیت به این شرط که مقترن به وصیت باشد، مقید گردد. شرط صحیح مطابق رأی ابن تیمیه و ابن قیم که قانون به آن عمل می‌کند، این است که مصلحتی مشروع برای موصِی، موصی‌لَه یا دیگری به دنبال داشته باشد و جزو مصالحی باشد که از آن نهی نشده و با مقاصد شریعت نیز مخالفت نداشته باشد[1]. این نظریه مطابق با مذهب احناف است و شرط صحیح این است که مقید به دو قید باشد:

---

[1]. المادة ۴ من الاول، و المادة ۲۱۰ ف ۱ من الثانی.

نخست: مشتمل بر مصلحتی باشد. دوّم: نهی نشده و منافی با مقاصد شریعت نباشد، قانون از مجموع رأی احناف و این دو امام رأی سومی را که در ذات خود مقبول است، استنباط کرده است.

مثال مصلحت برای موصِی: این‌که برای کسی چیزی را وصیت کند بنابراین‌که مالیات دولتی آن را بپردازد، یا فرزندان صغیر او را سرپرستی وکنترل نماید و یا این‌که شروع تنفیذ وصیت با پرداخت حقوق خداوند از قبیل فدیه روزه، نماز و غیره باشد.

مثال مصلحت بر ای موصی‌لَه: این که زمین یا مسکنش را برای کسی وصیت کند بنابراینکه هزینه اصلاح و تعمیر یا مالیات و عوارض به ثبت رساندن ملک از ترکه‌ی او پرداخت شود.

مثال مصلحت برای غیر از موصی و موصی‌له: مسکنش را برای کسی وصیت کند بنابر این‌که به وسیله آبِ آن، باغ همسایه‌ی او هم آبیاری شود، یا این‌که وصیت کند منفعت مسکن برای پروژه‌ای خیریه باشد، بنابراین‌که از میان نسل او حق سکونت برای کسی باشد که مسکن نداشته باشد.

در صورتی که شرط مطابق شرع صحیح نباشد، آن شرط باطل و وصیت صحیح خواهد بود، مثال: مبلغی را برای کسی وصیت کند به شرط این‌که آن شخص ازدواج نکند، در این صورت وصیت صحیح است و او می‌تواند ازدواج کند زیرا شرط او مخالف با مقاصد شریعت می‌باشد. هم‌چنین به طریق الاولی شرط باطل است زمانی که شرعاً ممنوع باشد؛ مثال: مبلغی را برای کسی وصیت کند به شرط این‌که قسمتی از آن را برای برگزاری مجلس شراب یا لذت حرام هزینه کند.

اما معلق کردن وصیت بر شرط[1]: جایز است اگر شرط مربوط به قبل از مرگ باشد مانند طلاق و غیره یا مربوط به بعد از مرگ باشد؛ زیرا در وصیت مابعد مرگ همانند حال حیات است، هنگانی که معلق کردن وصیت به شرط مربوط به قبل از مرگ جایز باشد، تعلیق آن به شرط بعد از مرگ هم جایز خواهد بود[2]. بدین وسیله به نتیجه می‌رسیم که وصیت از جمله عقودی است که تعلیق آن بر شرط با اتفاق فقها صحیح است.

---

[1] . المادة ۴ من قانون الوصية المصری، و الفقرهة الثانية من المادة ۲۱۰ من قانون الاحوال الشخصية السوری.

[2] . المهذب: ۴۵۲/۱، غاية المنتهی: ۳۴۸/۲، المغنی: ۲۸/۶، ردالمحتار: ۴۷۱/۵.

مبحث دوّم - شروط وصیت:

وصیت دارای شروط صحت است که صحت آن متوقف بر این شروط می‌باشد و دارای شروط تنفیذ است که تنفیذ و به اجرا در آمدن آثار وصیت متوقف بر آن است، این شرط‌ها متوقف بر موصِی، موصی‌لَه یا موصی‌به هستند، در سه مطلب این شرط‌ها را توضیح خواهم داد:

مطلب اوّل: شروط موصی:

شروط موصی دو بخش هستند: شروط صحت، شروط تنفیذ:

شروط صحت در موصی عبارتند از:[1]

۱. اهل تبرع (بخشش و نیکی) باشد: و آن کسی است که مکلف(بالغ و عاقل)، آزاد، مرد یا زن، مسلمان یا کافر باشد.

داشتن عقل و آزاد بودن شخص وصیت کننده مورد اتفاق همه فقهاست، لذا وصیت دیوانه، ناتوان عقلی و شخص به کُما رفته، صحیح نمی‌باشد، زیرا سخن آنها لغو بوده و احکام شرعی به آن متعلق نمی‌گردد، و نیز وصیت عَبد(برده) جایز نیست، زیرا وصیت هدیه و بخشش است و او هم اهل بخشش نیست، زیرا مالک چیزی نیست تا این‌که بتواند آن را به ملکیّت دیگری در آورد.

احناف و شوافع بر اساس راجح‌ترین دو نظریه‌ای که داشته‌اند، اتفاق نظر دارند که بلوغ شرط است، لذا وصیت کودکی که به سن تمیز رسیده هر چند به او اجازه‌ی تجارت هم داده شده باشد، صحیح نیست، زیرا وصیت از جمله تصرف‌های زیان آوری است که به دارای او وارد می‌شود، و این کار او بخشش است نه تجارت و او اهل بخشش نیست.

مالکیه و حنابله می‌گویند: وصیت کودک مَمَیِّز - که به سن ده سالگی یا نزدیک به آن رسیده باشد- صحیح است زیرا این تصرف نفع خالص برای اوست، لذا همانند اقرار او به اسلام و خواندن نماز، صحیح است، احناف نیز وصیت ممیِّز (که هفت سال کامل داشته باشد) را صحیح می‌دانند به شرطی که برای تجهیز، تکفین و دفن او باشد، زیرا عمرﷺ وصیت کودکی از غسان را که ده سال داشت و دارایی‌اش را برای دایی‌هایش وصیت کرده بود، جایز دانست، و نیز به این خاطر که جواز وصیت او، ضرری برایش به دنبال ندارد، زیرا تا زمانی که زنده باشد

---

[1]. ابدائع:۳۳۴/۷ و ما بعدها، تبیین الحقایق:۱۸۵/۶، تکملة فتح القدیر:۴۲۹/۸، ۴۳۲، الدر المحتار:۴۶۳/۵،۴۵۹، القوانین الفقهیة:ص۴۰۵، الشرح الصغیر:۵۸۰/۴، شرح الرسالة:۱۶۹/۲، مغنی المحتاج:۳۹/۳، کشاف القناع:۳۷۱/۴ و مابعدها، بدایة المجتهد:۳۲۸/۲.

دارایی‌اش هم‌چنان در اختیار او خواهد بود و چنان‌که بیان خواهم کرد می‌توانند از آن رجوع کند.

به اتفاق فقها وصیت محجورٌعلیه به علت سبک مغزی جایز است، احناف می‌گویند: وصیت محجورعلیه[1] به شرطی که به نیکی و راه‌های خیر بوده و خارج از یک سوم نباشد، صحیح است زیرا در این صورت هیچ‌گونه ضرری متوجه او نمی‌گردد بلکه برای او مفید خواهد بود زیرا پاداش اُخروی به دنبال دارد، اما وصیت در غیر راه نیکی مانند وصیت برای شخصِ ثروتمندِ غیر فاسق جایز نیست.

و مالکیه گفته‌اند: وصیت محجورعلیه به خاطر سبک مغزی، و هم‌چنین وصیت کودک صغیر جایز است، زیرا حَجر بر آنان به خاطر حفظ حقوق ایشان است، اگر از وصیت هم ممنوع شوند، آنگاه حَجر بر آنان برای حق غیر ایشان خواهد بود.

مذهب شافعی بر این است که وصیت محجورعلیه به علت سبک مغزی جایز است، زیرا سخن او معتبر است، اما وصیت محجورعلیه به علت افلاس [نداری]، متوقف بر اجازه‌ی طلبکاران است، اگر اجازه دهند، وصیت محقق می‌گردد در غیر این صورت باطل است.

حنابله می‌گویند: وصیت محجورعلیه به علت سبک مغزی اگر مورد وصیت شده مال باشد، صحیح است، زیرا منحصراً به نفع اوست و برای او ضرری در پی ندارد، لذا وصیت او همانند عبادتش صحیح است، و نیز چنان‌که احناف و مالکیه گفته‌اند: منعِ بر او به خاطر حفظ دارایی‌اش بوده و با وصیت مال و دارایی او ضایع نمی‌گردد، زیرا اگر او زنده بماند، آن مال وصیت شده از آنِ او خواهد بود و اگر بمیرد، پاداش آن به او می‌رسد و او از همه بیشتر به پاداش آن نیاز دارد، وصیت کسی که به خاطر سبک مغزی از تصرف در دارایی‌اش منع شده، بر فرزندانش صحیح نیست، زیرا او شخصاً نمی‌تواند دارایی‌اش را بر آنان هزینه کند، پس از طریق وصیت به طریق الاولی نخواهد توانست.

اما وصیت محجورعلیه به علت فقر و نداری، صحیح است، زیرا منع بر او به خاطر طلبکاران بوده، و وصیت او به آنان ضرری وارد نمی‌نماید، زیرا وصیت او در یک سوم دارایی‌اش بعد از پرداخت بدهی‌هایش تنفیذ خواهد گردید.

---

[1]. حَجر بر سفیه(سبک مغز) رأی دو شاگرد ابوحنیفه است، مطابق دیدگاه آنان فتوی صادر می‌شود، و ابوحنیفه خود شخصاً حَجر بر او را جایز ندانسته است.

اما وصیت شخص در حال مستی به نظر جمهور فقها باطل است، زیرا او در این حالت هم‌چون دیوانه از عقل و خرد برخوردار نیست، اما از دیدگاه شوافع وصیت شخص مست در صورتی که مستی او عمدی بوده باشد، صحیح و در غیر این صورت باطل است.

به اتفاق فقها وصیت شخص کافر هرچند حربی هم باشد، صحیح است، اسلام شرط صحت وصیت نیست، جز این‌که وصیت به خمر یا خوک برای مسلمانی باشد.

لازم به ذکر است موصی باید خود مالک آن چیزی باشد که آن را وصیت می‌کند، این شرط برای اهلیت تبرع و بخشش نیز شرط است، کسی که مالک تصرف در مال خویش به بیع یا هبه باشد، می‌تواند یک سوم آن را در راه‌های خیر نیز وصیت کند، به دلیل حدیث سابق سعدبن ابی‌وقاص.[1]

۲. **شرط دوّم برای وصیّت کننده** این است که راضی و مختار باشد: زیرا وصیت، واجب گردانیدن ملکیت چیزی برای دیگری است، لذا رضایت قلبی در آن همانند سایر اشیا و تصرفات از قبیل بیع و هبه و ... لازم است، بنابراین وصیت شوخی کننده، مُکرَه و مُخطیء جایز نمی‌باشد، زیرا این‌گونه عوارض‌ها رضایت را از بین می‌برند، در حالی که در عقدهای تملیکی رضایت شرط است.

شرط تنفیذ وصیت در موصی:

در موصِی جهت تنفیذ وصیتش شرط است که: به اندازه‌ای بدهکار نباشد که جمیع ترکه‌ی او را دربر بگیرد، زیرا چنان‌که بیان شد به اجماع فقها پرداخت دیون مقدم بر تنفیذ وصیت است، در این صورت حق دیگری که طلبکار است به این دارایی تعلق گرفته است، در این حالت وصیت موقوف بر اجازه‌ی صاحبان دَین است، چنان‌که اجازه دهند، وصیت تنفیذ می‌گردد در غیر این صورت باطل است.

در شرط تنفیذ وصیت قانون نیز با فقه در این مورد موافق است[2]. و این‌که طبق قانون شرط است موصِی اهل بخشش باشد، وصیت دیوانه و معتوه و کودک هر چند به سن تمیز هم رسیده باشد، با عمل به رأی احناف و شوافع در قول ارجح، صحیح نمی‌باشد.

---

[1] . المهذب:۱/۴۴۹.

[2] . المادهة۵و۳۸ من قانون الوصیة المصری، والمادة ۲۱۱ من قانون الاحوال الشخصیة السوری.

اما وصیت محجورعلیه به علت سفه(سبک مغزی) و غفلت با اجازه‌ی قاضی صحیح است، در صورتی که اجازه دهد، تنفیذ می‌گردد در غیر این صورت باطل است اعم از این‌که وصیت در مسیر خیر باشد یا نه.

مطلب دوّم: شروط موصی‌لَه (کسی که برای او وصیت می‌شود)

برای موصی‌لَه نیز شروط صحت و شروط تنفیذ مطرح است[1]

شروط صحت عبارتند از: در جهت عمومی یا شخصیت معنوی این است که جهت معصیت نباشد، و در شخص طبیعی یا انسان: ۱- موجود باشد، ۲- معلوم باشد، ۳ – اهل باشد برای قبول ملکیت و استحقاق، ٤- از دیدگاه مالکی‌ها غیر حربی باشد، از دیدگاه احناف در دارالحرف غیر حربی باشد، از دیدگاه شوافع وصیت به اسلحه برای اهل جنگ با مسلمانان نباشد، بنابراین شروط موصی‌لَه شش تا هستند.

وصیت در جهت معصیت: اگر وصیت کننده مسلمان باشد شرط است که موصی‌لَه جهت معصیت نباشد، هنگامی که موصی‌لَه جهت معصیت باشد، به اتفاق فقها وصیت باطل است، بنابراین وصیت برای مجالس قمار و رقاص‌خانه‌ها، ساختن قبه‌ها بر قبرها، یا نوحه‌خوانی بر مرده‌ها، تعمیر یا بازسازی کلیسا، چاپ تورات و انجیل و خواندن آن، نوشتن کتاب‌های جادو و گمراهی و فلسفه‌ی ممنوعه و دیگر علوم حرام، و وصیت به اسلحه برای اهل جنگ، وصیت به آلات موسیقی و لهو لعب حرام است. زیرا وصیت جهت انجام صله‌ی رحم و نزدیک شدن به یکدیگر مشروع گشته است لذا در مسیر معصیت صحیح نیست، هنگامی که در یکی از این مسیرهای ناصحیح باشد، به اتفاق فقها باطل است، زیرا بر اساس شرع وصیت به حرام است.

اگر خود وصیت شرعاً صحیح باشد اما علت آن حرام باشد، مانند وصیت برای اهل فسق جهت همکاری با آنان در فسقشان، در این صورت بر حسب اختلاف در مبدأ سدالذرایع دو رأی وجود دارد:

---

[1] .البدایع:۷/۳۳۵-۳۵۲، الدرالمحتار:۵/ ۴۷۰،۴۶۹،۴۶۲،۴۵۹، تبیین الحقایق:۶/۱۸۲-۱۸۶، الشرح الصغیر مع حاشیة الصاوی:۴/۵۸۱ به بعد، الشرح الکبیر:۴/ ۴۲۶،۴۲۳، القوانین الفقهیة:ص۴۰۵، بدایة المجتهد:۲/۳۲۸ به بعد، مغنی المحتاج:۳/ ۴۰-۴۴، المهذب:۱/۴۵۱ به بعد، غایة المنتهی:۲/۳۵۶-۳۵۸،کشاف القناع:۴/ ۳۹۰-۴۰۷، المغنی:۶/۵، ۲۱، ۵۶، ۶۰، ۱۰۴، تکملة فتح القدیر:۸/۴۳۴، شرح الرسالة:۲/ ۱۷۰

احناف و شوافع معتقدند که: با عمل به ظاهر عقد، وصیت صحیح است، زیرا لفظ وصیت مشتمل بر حرامی نبوده است، و قضیه نیت و قصد به خداوند حواله می‌گردد.

مالکیه و حنابله و ابن تیمیه و ابن قیم معتقدند که: این گونه وصیت‌ها باطل است، زیرا در عقود قصد و نیت معتبر است، علت و سبب در این مورد با مقاصد شریعت منافات دارد، لذا باطل است. قانون به این نظریه عمل می‌کند.[1]

وصیت برای کسی یا چیزی که وجود خارجی نداشته باشد: شرط است که موصی‌له در هنگام وصیت یا موجود یا در حکم موجود باشد: اگر موجود نباشد وصیت صحیح نخواهد بود، زیرا وصیت برای معدوم صحیح نیست، زیرا وصیت به ملکیت کسی در آوردن چیزی است، وچیزی به ملکیت معدوم در نمی‌آید. به نظر جمهور فقها وصیت برای میت جایز نیست، امّا امام مالک گفته است: اگر دانسته شود که او مرده است وصیت برایش جایز است و در این صورت بعد از پرداخت دیون و تنفیذ وصیت‌هایش در ملکیت ورثه‌ها داخل می‌شود، وجود موصی‌لَه یا حقیقی است مانند انسانی موجود و زنده، یا تقدیری و فرضی باشد مانند حمل. وجود حمل آنگاه که فهمیده می‌شود که در مدت کمتر از شش ماه- که کمترین مدت حمل است- از روز وصیت به وجود بیاید.

وصیت برای حمل یا وصیت کردن حمل: وصیت کردن حمل و وصیت کردن برای حمل به شرطی که در مدت زمانی کمتر از شش ماه بعد از زمان وصیت باشد، صحیح است.

اما وصیت کردن حمل: صحیح است زمانی که از مملوکات او باشد، این‌که حمل چهارپایی از مملوکات موصِی باشد، زیر ا فریب و خطر، صحت وصیت را منع نمی‌کند. هنگامی که آن حمل به صورت مرده به دنیا بیاید، وصیت باطل می‌شود، اگر زنده به دنیا بیاید و معلوم شود که هنگام وصیت موجود بوده یا حکم به وجود آن شود، وصیت صحیح است، اگر این‌گونه نباشد، صحیح نیست زیرا جایز است بعد از وصیت به وجود آمده باشد.

---

[1] . نصف فقره‌ی اول از ماده‌ی سوم در قانون وصیت کشورمصر: ((شرط صحت وصیت این است که وصیت به معصیت نباشد، و باعث و دلیل آن منافی با مقاصد شریعت نباشد)) و نصف ماده‌ی ۲۰۹ از قانون سوریه: ((در صحت وصیت شرط است که وصیت به چیزی نباشد که شرعاً نهی شده باشد)).

وصیت برای حمل بدون اختلاف صحیح است، زیرا وصیت همانند میراث است، و حمل هم ارث می‌برد پس وصیت هم برای او جایز و شایسته‌تراست، هنگامی که حمل به صورت مرده به دنیا بیاید، وصیت باطل می‌شود، زیرا در این صورت ارث نمی‌برد. اما اگر زنده به دنیا بیاید وصیت برای او صحیح خواهد بود. شایسته است در این‌جا سخن فقها در ارتباط با وصیت برای حمل یا وصیت کردن حمل آورده شود:

زیلعی و شلبی و صاحب الدر و الهدایة از فقهای احناف گفته‌اند: وصیت برای حمل و وصیت کردن خود حمل جایز است به شرطی که بعد از زمان وصیت در مدت کمتر از شش ماه به دنیا بیاید[1].

اگر زن در طلاق بائنه باشد، آن حمل باید در مدت زمانی کمتر از دو سال از زمان تاریخ طلاق، به دنیا بیاید. هم‌چنین اگر موصِی اقرار کند که زنش حامله است، وصیت برای این حمل در صورتی ثابت می‌شود که بعد از روز وصیت در مدت بین دو سال وضع حمل کند، زیرا به علت اقرار موصی حمل ثابت شده است.

شوافع گفته‌اند: وصیت برای حمل جایز است و در صورتی که زنده به دنیا بیاید و معلوم شود که هنگام وصیت موجود بوده است، تنفیذ می‌گردد، در صورتی که زن حامله شوهر داشته باشد، شش ماه بعد از وصیت وضع حمل کند، زیرا در این صورت ظاهراً هنگام وصیت موجود بوده است. و وصیت به آنچه که چهارپا به آن حامله شود یا میوه‌ای که بر درخت حاصل خواهد شد و وصیت به چیزی که توانایی تسلیم آن را نداشته باشد مانند پرنده‌ای که پرواز می‌کند، و شیر در پستان و پشمی که بر پشت گوسفند است، جایز است. زیرا می‌تواند به وسیله سلم یا مساقات مالک یکی از این چیزها شود پس جایز است با وصیت نیز مالک شود، و به خاطر این‌که موصی له همانند وارث است، و وارث در این موارد جایگیر میت می‌شود.

حنابله گفته‌اند: وصیت کردن حمل هنگامی از مملوکات موصی باشد، صحیح است، و وصیت برای حمل صحیح است به شرطی که شش ماه بعد از وصیت به دنیا بیاید، چنان که شوافع گفته‌اند.

[1]. و در بدایع گفته است: در ظاهر روایت چنان برداشت می‌شود که شروع آن از زمان مرگ موصِی محاسبه می‌شود، و از دیدگاه طحاوی رحمه الله: از زمان وجود وصیت محاسبه می‌شود. و صاحب النهایة گفته است: وصیت به حمل و وصیت برای حمل جایز است به شرطی که در مدت کمتر از شش ماه از زمان مرگ موصی از زمان وصیت، به دنیا بیاید.

هم‌چنین شوافع و حنابله اتفاق نظر دارند بر این‌که اگر زن در طلاق بائنه باشد(در نکاح مرد دیگری نباشد) و بعد از بیشتر از چهار سال از زمان جدایی، و بیشتر از شش ماه از زمان وصیت وضع حمل کند، وصیت برای چنین حملی جایز نیست. اما در صورتی که در مدتی کمتر از آن وضع حمل کند، وصیت صحیح است، زیرا در صورتی که در کمتر از شش ماه وضع حمل کند معلوم می‌شود که در زمان وصیت موجود بوده است، و اگر بعد از جدایی در مدتی کمتر از چهار سال وضع حمل کند، حکم به وجود آن می‌شود.

مالکیه گفته‌اند: وصیت برای موصی‌لَه صحیح است، اعم از این‌که موصی‌له هنگام وصیت موجود باشد یا در انتظار به وجود آمدن باشد و وصیت صحیح است برای کسی که خواهد آمد اگر حمل موجود باشد و برای کسی که به وجود خواهد آمد در صورت عدم حمل، به شرط آن‌که هنگام وضع حمل صدای گریه از آن شنیده شود یا با علایم و نشانه‌های دیگری که بر تحقق حیات و زنده بودن آن دلالت کند، به دنیا بیاید لیکن در قولی آمده است که موصی‌لَه مستحق چیزی از بهره و فایده‌ی موصی‌به نخواهد بود، زیرا موصی‌لَه تنها بعد از این‌که به صورت زنده به دنیا بیاید، مالک آن خواهد شد، لذا بهره و عواید آن برای وارثین وصیت‌کننده خواهد بود. و در قول دیگری آمده که: متوقف بوده و به موصی‌لَه داده می‌شود به شرطی‌که صدایی از آن شنیده شود.

اگر چیزی به صورت مطلق برای حمل زنی وصیت شود و آن حمل بیشتر از یک عدد باشد هنگام وضع حمل بر حسب عدد یعنی مذکر و مؤنث مساوی تقسیم می‌شود، اگر وصیت کننده به دادن سهم بیشتر به یکی از آنان اشاره کرد، به وصیت او عمل می‌شود. مثال وصیت برای کسی که به وجود خواهد آمد: ((وصیت می‌کنم برای فرزندان فلانی که به دنیا خواهند آمد))، در این صورت آن چیز وصیت شده به فرزندان او که به دنیا خواهند آمد تعلق می‌گیرد اعم از این‌که هنگام وصیت به صورت حمل موجود بوده باشند یا این‌که اصلاً موجود نباشند، در هر صورت آنچه که وصیت شده برای آن حمل در نظر گرفته می‌شود.

از دیدگاه مالکی‌ها وصیت برای مرده‌ای که وصیت‌کننده هنگام وصیت علم به مرگ او داشته باشد صحیح است، در صورتی که موصی‌لَه بدهی داشته باشد جهت پرداخت بدهی او از آن استفاده می‌شود و اگر بدهی نداشته باشد به وارثان او داده می‌شود و اگر بدهی و وارث نداشته باشد وصیت باطل بوده و به بیت المال داده نمی‌شود. اگر برای مرده‌ای وصیت کند در حالی که گمان برده است زنده است، وصیت او به اتفاق باطل است.

و خلاصه این‌که: جمهور فقها وجود موصی‌لَه هنگام وصیت را شرط کرده‌اند، و وصیت برای حمل به شرطی که کمتر از شش ماه بعد از زمان وصیت به دنیا بیاید.

اما مالکی‌ها این مورد را شرط نکرده‌اند، و نیز وصیت برای حملی که به وجود خواهد آمد هرچند هنگام وصیت موجود هم نبوده، صحیح می‌دانند، پس از دیدگاه آنان وجود موصی‌لَه هنگام وصیت یا مرگ وصیت کننده شرط نیست.

رأی جمهور فقها را ترجیح می‌دهم زیرا چیزی را به ملکیت کسی در آوردن در صورتی که آن کس معدوم باشد بی‌معنی است و در این صورت مالی و دارایی برای زمان‌های طولانی در انتظار او که در آینده به وجود خواهد آمد هم‌چنان محبوس و بی‌استفاده خواهد ماند.

وصیت در قانون: قانون وصیت مصر (م٦) شرط کرده که موصی‌له در صورتی که معین باشد، باید هنگام وصیت موجود باشد، این قانون متفق با رأی جمهور است. اما اگر معین نباشد، مانند طلبه‌های علوم دینی، شرط نیست هنگام وصیت و نه هنگام مرگ وصیت کننده موجود باشند، چنان که در توضیح این ماده گفته‌شده است، این قانون برگرفته از مذهب امام مالک است. هم‌چنین این قانون در فقره‌ی اول از ماده‌ی (٢٦) وصیت به عین را برای موصی‌له در صورتی که معدوم باشد و یا موصی‌لَه شامل موجود و معدوم را در بربگیرد و قابل شمارش باشند با استناد به مذهب امام مالک جایز دانسته است. در صورتی که وجود موصی‌لَه در آینده امکان پذیر نباشد وصیت باطل است. و ماده‌ی هشتم بر جواز وصیت برای جهتی معین از جهات خیریه که در آینده به وجود خواهد آمد مانند اردوگاه‌هایی که در فلان محله ساخته خواهد شد، جایز دانسته است.

قانون سوریه (م٢١٢،ف/ب) شرط کرده است در صورتی که موصی‌لَه معین باشد، باید هنگام وصیت و هنگام مرگ وصیت کننده موجود باشد. و در ماده(٢٣٦) موافق با ماده (٣٥) از قانون مصر آمده است که:

۱. **وصیت برای حمل معین موافق با موارد زیر صحیح است:**

أ. هنگامی که وصیت‌کننده به وجود حمل هنگام وصیت اقرار کند، شرط است که آن حمل در مدت یک سال شمسی یا کمتر از آن به متولد شود.

ب. اگر زن حامله در عده وفات یا طلاق بائن باشد، شرط است که در مدت کمتر از یک سال از زمان وجودب وصیت متولد شود.

ج. اگر وصیت کننده به وجود حمل اقرار نکند و حامله در عده نباشد، شرط است که در مدت نه ماه یا کمتر از آن از زمان وصیت متولد شود.

د. اگر وصیت برای حمل شخص معینی باشد، علاوه بر شرطهای گذشته باید نسب کودک برای آن شخص ثابت شود.

۲. بهره و زواید موصی‌به از زمان وفات وصیت کننده تا زمان جدا شدن حمل به نفع موصی‌لَه نگاه داشته می‌شود. در ماده (٢١٤) آمده است که: وصیت برای جهتی معین از جهات نیکی که در آینده به وجود خواهد آمد صحیح است، اگر وجود آن ممکن نشد، به نزدیک‌ترین مؤسسه‌ی مشابه آن صرف می‌شود.

وصیت برای مجهول: موصی‌لَه باید معلوم باشد، نباید به گونه‌ای مجهول و نامشخص باشد که رفع جهالت از آن ممکن نباشد، زیرا این‌گونه جهالت مانع تسلیم کردن مال وصیت شده به موصی‌لَه می‌شود، در این صورت وصیت فایده نخواهد داشت، و به خاطر این‌که از دیدگاه جمهور فقها غیر از احناف وصیت تملیک چیزی هنگام مرگ وصیت کننده است پس باید موصی‌لَه آن‌گاه معلوم باشد تا ملک برای او واقع شود و تسلیم مال وصیت شده به او ممکن باشد.

اگر کسی یک سوم مالش را برای محمد یا خالد یا گروهی از مسلمانان که قابل شمارش نباشند[1] – مانند یک سوم مالش برای مسلمانان- وصیت کند و صفتی که بیانگر حاجت باشد از قبیل فقراء مسلمانان، را بیان نکند، از دیدگاه احناف چنین وصیتی باطل است زیرا موصی‌لَه به گونه‌ای مجهول و نامشخص است که مانع تسلیم کردن مال وصیت شده به او می‌شود. چنین است اگر چیزی را برای یکی از دو مرد وصیت کند، به علت معین نبودن موصی‌لَه چنین وصیتی از دیدگاه ابوحنیفه و شوافع و دیگر مذاهب باطل است.[2]

---

[1]. فقها در حد فاصل بین تعدادی که شمارش نمی‌شود و تعدادی که قابل شمارش باشند اختلاف نظر دارند، محمد گفته است: اگر بیشتر از صد تن باشند، شمارش نمی‌شود، به این نظریه فتوی داده می‌شود و دادگاه‌های شرعی در مصر به این فتوی عمل می‌کنند، و شافعی گفته است: تعدادی باشند که شمارش آنان جز با مشقت و سختی ممکن نباشد.

[2]. این وصیت از دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه جایز است، از دید گاه ابویوسف برای هردو مرد خواهد بود، و از دیگاه محمد: برای یکی از آن دو خواهد بود، و تعیین آن به عهده‌ی ورثه خواهد بود، آن را به هر کدام از آن دو خواستند می‌دهند. (البدایع:۷/۲۳۶).

اما اگر برای جماعتی وصیت کند با لفظی که خبر از نیاز آنان دهد از دیدگاه احناف این وصیت صحیح است، زیرا وصیت به صدقه می‌باشد و آن عبارت است از اخراج قسمتی از مال در راه خدا و آن یک راه معلوم است، در این صورت موصی‌به برای خداوند واقع می‌شود سپس نیازمندان با تملیک خداوند برای آنان صاحب آن می‌گردند. در ردالمحتار آمده است که معنی این‌که موصی‌لَه باید معلوم باشد این است که شخص باشد مانند زید، یا نوع باشد مانند مساکین و فقرا.

قانون مصر و سوریه به این شرط – که موصی‌لَه باید معلوم باشد- عمل می‌کنند[1]. جز این‌که بر خلاف مذهب ابوحنیفه و عمل به مذهب مالکی و حنبلی وصیت را برای کسانی که قابل شمارش نیستند مانند اهل دمشق یا قاهره جایز دانسته است، بر اساس این قانون در وصیت خبر از حاجت بوده باشد یا نه، مساوی است. اما علمای شافعی مذهب همانند احناف بر این باورند که موصی‌لَه اگر غیر از موارد عمومی باشد، باید معلوم باشد.

ماده (۲۱۳) قانون سوریه موارد زیر را به تصویب رسانده است:

۱. وصیت برای خدا و برای کارهای خیر بدون تعیین مورد مصرف، در جهات خیریه مصرف می‌گردد.

۲. وصیت برای عبادت‌گاه‌ها، مؤسسه‌های خیریه، علمیه و سایر مصالح عمومی، به شرطی که با عرف و قرینه تعیین نگردد، جهت تعمیر، اصلاح و فقراء و دیگر امور آن مصرف می‌گردد. این قانون نزدیک به نص ماده هفتم از قانون مصر است.

قول راجح نزد من آن است که قانون آن را تصویب کرده است، زیرا معنی قربت در مثل این وصیت اعم از این‌که وصیت‌کننده تصریح به نیت خویش کرده باشد یا نه، موجود می‌باشد.

وصیت برای چهارپا: شرط گرفته می‌شود که موصی‌لَه اهل تملیک (چیزی به ملکیت او در آمدن) بوده و استحقاق آن را داشته باشد؛ این شرط مورد اتفاق همه است. وصیت برای چیزی که اهلیت آن را نداشته باشد صحیح نیست، این‌که برای چهارپا و یا اسب کسی وصیت کند اعم از این‌که قصدش تملیک باشد یا مطلق وصیت کند، از دیدگاه احناف و شوافع و مالکیه چنین وصیتی باطل است، زیرا مطلق ذکر کردن آن برای تملیک است و دابه هم نمی‌تواند مالک شود. اما اگر بگوید: وصیت باشد برای علف آن، این وصیت با توجه به ظاهر لفظ موصِی و قطع نظر از قصد و هدف او، صحیح است. از دیدگاه احناف در این حالت قبول شرط نیست،

---

[1]. مراجعه شود به فقره‌ی اول از ماده ۶ قانون مصر، و فقره اول از ماده‌ی ۲۱۲ قانون سوریه.

زیرا چنین وصیتی همانند میراث است، چنان‌که در وقف بر فقرا و مساکین قبول، شرط نیست. و شوافع گفته‌اند: قبولِ صاحبِ چهارپا شرط است.

اما حنابله گفته‌اند: اگر قصد موصِی انفاق بر اسب یا چهارپای زید باشد هرچند موصی‌لَه قبول هم نکند وصیت صحیح است، زیرا در عقود و معاملات معنی و قصد معتبر است. آنگاه موصی‌به جهت تهیه علف چهارپا مصرف می‌گردد، اگر اسب قبل از انفاق شدن آن مال بمیرد باقیمانده برای وارثان مرده خواهد بود. از دیدگاه حنابله وصیّ یا قاضی بر انفاق آن مال بر اسب نظارت خواهد کرد نه صاحب اسب.

بنابراین شرط ابوحنیفه گفته است: اگر بگوید: یک سوم مالم را برای خدا وصیت می‌کنم در این صورت وصیت باطل است. و محمد گفته است: این وصیت جایز است و به رأی محمّد فتوی داده می‌شود و در راه‌های خیر مصرف می‌شود.

اگر برای مسجد یا مسجدالحرام یا مدرسه و مشابه آن از موارد وقف، وصیت کند، از دیدگاه احناف و شافعیه صحیح نیست مگر این‌که بگوید: برای ساخت و تعمیر مسجد هزینه شود، زیرا در این صورت قربت است. و از دیدگاه محمّد مطلقاً صحیح است اعم از این‌که گفته باشد هزینه شود یا نه، و بر مصالح آن همانند مثال سابق مصرف می‌گردد.

مالکیه و حنابله گفته‌اند: وصیت برای مسجد و غیره هم‌چون مهمانخانه، حدود و دیوار شهر صحیح است، و در جهت مصالح و هزینه‌های مورد نیاز آن مانند: روشنایی، حصیر و جانمازی هزینه می‌شود و مازاد آن بر خدمه، امام، مؤذن و ... هزینه خواهد شد.

وصیت برای قاتل: از دیدگاه احناف و حنابله نباید موصی‌لَه قاتل وصیت کننده باشد، اگر کسی صاحب مالی را زخمی کند سپس برای او وصیت کند و بمیرد، این وصیت باطل است. اما اگر ابتدا برای کسی وصیت کند سپس قتل روی دهد، این قتل مانع استحقاق وصیت می‌شود. قتل صحت وصیت را از ابتدا و برای همیشه منع می‌کند، زیرا قاتل ارث نمی‌برد، لذا وصیت هم باطل می‌شود، تا با او بر خلاف مقصودش معامله شده باشد و به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((لَیسَ لِقاتِلٍ وصیّةٌ))[۱]: برای قاتل وصیت نیست. قتل مانع صحت وصیت جهت رعایت حقوق شرع می‌باشد. اعم از این‌که ورثه‌ها اجازه دهند یا نه، این رأی ابویوسف است و قانون هم به آن عمل می‌کند. و ابوحنیفه و محمد گفته‌اند: اگر ورثه‌ها اجازه دهند یا وصیت‌کننده هیچ وارثی

---

[۱] . به روایت دار قطنی و بیهقی از علی رضی الله عنه. لکن در سلسله سند این حدیث یک راوی متروک وجود دارد که حدیث وضع می‌کرد.(نصب الرایة:۴/۴۰۲).

نداشته باشد، آن وصیت جایز و نافذ خواهد بود؛ زیرا منع به خاطر حفظ حق ورثه‌ها بـود. رأی اوّل راجح است.

اما احناف و حنابله در نوع قتلی که مانع وصیت و میر اث می‌شود اختلاف نظر دارند: قول اصح حنابله این است که قتل به غیر حق اعم از این‌که عمدی یا خطأ باشد، مستقیم یـا سـببی باشد مانع میراث بوده و وصیت را باطل می‌کند، زیرا میراث قوی‌تر از وصیت است پس وصیت به طریق الولی ممنوع است.

و احناف گفته‌اند: قتلی که مانع ارث و وصیت می‌شود، قتلی است کـه از شـخص بـالغ و عاقل صادر شود و شخص شخصاً آن را انجام داده باشد نه این‌که فقط راهنما و سبب آن بـوده باشد، و نیز بدون سبب عدوانی و بدون عذر شرعی باشد اعم از این‌که عمدی یـا خطـأ باشـد. بنابراین اگر قاتل دیوانه یا کودک باشد، یا قتل به حق بوده مانند قصاص و اجرای حد شرعی یا به سبب بغی و ظلم مقتول بوده باشد، یا با عذر باشد مانند این‌که از نفس و ناموس خـود دفـاع کرده باشد یا تنها سبب و راهنمای آن قتل شده باشد مانند این‌که موصی‌لَه شخص قاتـل را بـه محل وجود موصِی راهنمایی کند اما خود در قتل او دخالت ننماید، همه این موارد مانع ارث و وصیت نمی‌شوند. سبب قتلی شدن مانع ارث و وصیت نیست.

اما شوافع گفته‌اند: وصیت برای قاتل هرچند کار او عدوانی هم بوده باشد، صحیح اسـت، اگر موصی‌لَه موصِی را به قتل برساند مستحق موصی‌به می‌گردد، زیرا وصیت تملیـک بـا عقـد است پس مشابه هبه است و با ارث مخالفت دارد.

دیدگاه مالکیه: تفصیل آن از دیدگاه مالکیه به قرار زیر است: وصیت بـرای قاتـل صـحیح است، اعم از این‌که قتل عمدی بوده یا خطأ و این زمانی است که موصِی بداند چه کسی قصـد کشتن او را کرده است و وصیتش را تغییر ندهد، یا بعد از ضربه خوردن وصیت کند با علم بـه این‌که موصی‌لَه همان کسی است که او را مورد ضربه قرار داده اسـت، زیـرا مـانع از صـحت وصیت عجله کردن موصی‌لَه برای رسیدن به چیزی قبل از رسیدن وقت آن است، لذا با محـروم کردن از آن چیز معاقبه می‌گردد و این زمانی محقق می‌گردد که قتل متصل به وصـیت باشـد. و زمانی‌که موصِی عالم به ضربه باشد سپس برای ضارب وصیت کند، وصیت کـردن او بـرای آن شخص بر این دلالت می‌کند که از او گذشت کرده و قصد احسان با او را داشته است.

از این گفته بیان می‌شود که از دیدگاه مالکیه شرط نیست که موصی‌لَه قاتل موصِی نباشـد، به شرط این‌که وصیت بعد از ضربه حاصل شده باشد و مقتول قاتلش را بشناسد. اگـر شخصـی

چه عمداً یا از روی خطأ ضربه‌هایی کشنده بر کسی وارد کند، سپس آن کس بعد از این این ضربه‌ها، چیزی را برای ضارب خود وصیت کند، وصیتش صحیح است. اما اگر قبل از این‌که او را زده باشد، برایش وصیت کرده باشد سپس موصی‌لَه او را بزند و بر اثر این ضربه بمیرد، در این صورت وصیت باطل می‌شود، اعم از این‌که مقتول قاتل را شناخته و وصیتش را تغییر نداده باشد یا این‌که او را نشناخته باشد؛ این بر اساس قول راجح است. زیرا در این مورد شبهه عجله کردن برای به دست آوردن وصیت همانند میراث وجود دارد.

در این حالت اخیر مذهب مالکیه با مذهب احناف و حنابله یکی است، و در حالت اولی یعنی وقوع وصیت بعد از ضربه، دیدگاه آنان همانند دیدگاه شوافع می‌باشد، در این صورت دو نظریه حاصل می‌شود: نخست: رأی احناف و حنابله: که قتل مبطل وصیت است. و دوم: رأی شوافع و مالکیه: که قتل مبطل وصیت نیست.

اما قانون مصر در ماده(۱۷) و قانون سوریه در ماده (۲۲۳) به رأی احناف و حنابله که می‌گویند: قتل مانع استحقاق وصیت است، عمل کرده‌اند. و در محدود کردن نوع قتلی که مانع ارث و وصیت می‌گردد و آن این‌که آن قتل از روی قصد و عمدی بوده باشد، به رأی مالکیه عمل کرده‌اند.[1] مساوی است که: قاتل چه فاعل اصلی باشد یا شریک بوده، یا شهادت دروغ داده باشد و شهادت او سبب اعدام موصی‌گردیده و حکم اجرا شده باشد و آن قتل به ناحق و بدون عذر بوده، و قاتل عاقل و بالغ بوده و از دیدگاه جمهور فقها به سن پانزده سالگی و از دیدگاه احناف به سن دوازده سالگی رسیده باشد. با عمل به مذهب شافعی این حکم شامل قتل مستقیم و سببی می‌شود، قاتل در موارد زیر مستحق وصیت خواهد بود: قاتل دیوانه، معتوه یا کمتر از پانزده سال سن داشته باشد، یا قاتل به حق یا معذور باشد مثل این‌که از خود یا شرف و ناموسش دفاع کرده باشد یا قاضی باشد که حکم را صادر می‌کند و یا جلادی باشد که حکم را اجرا می‌کند.

وصیت برای اهل جنگ: قول معتَمَد نزد مالکیه این است که موصی‌لَه حربی نباشد، از دیدگاه احناف در دار الحرب حربی نباشد،[2] اعم از این‌که وصیت از یک مسلمان یا یک فرد

---

[1]. طبق قانون وصیت برای قاتل خطأ صحیح است، با عمل به مذهب امام مالک.

[2]. **دار الحرب:** به شهرها و کشورهایی گفته می‌شود که مسلمانان بر آن ولایت و رهبری ندارند، و بیشتر شعایر اسلام در آن‌جا برپا نمی‌شود. **حربی:** به کسی گفته می‌شود که بین کشور او با مسلمانان دشمنی و جنگ باشد. **مستأمن:** به

ذمی باشد هرچند ورثه‌ها اجازه هم دهند، زیرا وصیت برای او تقویت، عزت بخشیدن و کمک به او برای جنگ با مسلمانان خواهد بود، و آن وصیت در نهایت به میراث تبدیل می‌شود نه وصیت و ضرر آن متوجه مسلمانان می‌شود.

علمای احناف با عمل به کتاب وصیت را برای حربی مستأمَن در دار الاسلام جایز دانسته‌اند، از این جهت با ذمی که در زمان ما موجود است مشابهت پیدا می‌کند، خداوند می‌فرماید: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ* إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ ((خداوند شما را باز نمی‌دارد از این که نیکی و بخشش بکنید به کسانی که به سبب دین با شما نجنگیده‌اند و از شهر و دیارتان شما را بیرون نرانده‌اند. خداوند نیکوکاران را دوست می‌دارد. بلکه خداوند شما را بازمی‌دارد از دوستی ورزیدن با کسانی که به خاطر دین با شما جنگیده‌اند، و شما را از شهر و دیارتان بیرون رانده‌اند، و برای اخراج شما پشتیبانی کرده‌اند و یاری داده‌اند. کسانی که ایشان را به دوستی گیرند، ظالم و ستمگرند.)) (ممتحنه:۹-۸).

و از ابوحنیفه روایت است که: وصیت برای حربی مستأمَن جایز نیست، چنان‌که دادن کفاره و نذر و صدقه فطر و قربانی به کافر حربی مستأمَن جایز نمی‌باشد، زیرا در این صورت آنان را برای جنگ بر علیه مسلمانان کمک کرده‌ایم. و از دیدگاه احناف وصیت برای مسلمانی که مرتد می‌شود، جایز نیست.

شوافع در قول اصح و حنابله وصیت برای مرتد و حربی معیَّن را جایز دانسته‌اند، نه برای عموم کافران حربی، اعم از این‌که در دار الاسلام باشد یا نه، و این وصیت به چیزی جایز است که از نظر قانون تملُّک آن برای شخص حربی جایز باشد، اما وصیت به شمشیر و دیگر اسلحه‌ها برای کافر حربی جایز نیست با قیاس بر جواز هبه و صدقه به او. حارثی از علمای حنابله گفته است: قول صحیح بر این است که کافر اعم از مرتد و حربی به شرطی که کافر حربی نبوده و دیگران را بر علیه ما کمک نکند، وصیت برای او صحیح است در غیر این صورت صحیح نیست. این‌که پیامبرﷺ به اسماء دختر حضرت ابوبکر اجازه داد که به مادرش که هنوز کافر

کسی گفته می‌شود که با امان موقت برای مدتی معلوم به دارالاسلام وارد می‌شود. ذمی: کافری که برای همیشه در دارالاسلام مقیم شده باشد.

بود[1]، نیکی کند و به عمرﷺ اجازه داده به برادر مشرکش در مکه لباس دهد[2]، این نظریه را مورد تأکید قرار می‌دهد.

اتحاد در دین: برای صحت وصیت اتحاد دین بین موصِی و موصی‌لَه شرط نمی‌باشد، بنابراین وصیت مسلمان برای غیر مسلمان و وصیت غیر مسلمان برای اهل ملتش و برای غیر اهل ملتش جایز است، مانند وصیت یهودی برای مسیحی و برعکس، یا وصیت مسلمان برای یهودی یا مسیحی و برعکس؛ زیرا غیر مسلمانان در دارالاسلام دارای حقوقی خواهند بود که برای مسلمانان است، و بر آنان خواهد بود آن‌چه بر مسلمانان است.

نص قانون مصر (م۹) و قانون سوریه (م۲۱۵) به قرار زیر است:

۱. وصیت برای اشخاص با اختلاف دین و شریعتشان با موصِی جایز است.

۲. زمانی که موصی‌لَه اجنبی باشد، به این شرط وصیت جایز است که معامله به مثل ممکن باشد.

یعنی اختلاف دین مانع صحت وصیت نیست، هم‌چنین اختلاف مسکن و کشور نمی‌تواند مانع وصیت باشد به شرطی که در شهر موصی‌لَه قانونی نباشد که مانع وصیت برای چنین وصیت‌کننده‌ای شود، تا عمل به قانون مساوات و معامله به مثل شده باشد، بنابراین وصیت جایز است به شرطی که کشور موصِی آن را برای اشخاص خارج از کشورش اجازه دهد و در غیر این صورت ممنوع است.

وصیت‌های غیر مسلمانان؛ اهل ذمه:

دانستیم که وصیت ذمی برای مسلمان و عکس آن به اتفاق فقها جایز است، زیرا غیر مسلمانان با عقد ذمه در معاملات دنیوی و بعد از مرگ با مسلمانان مساوی می‌شود. اگر شخص ذمی غیر مسلمان چیزی را وصیت کند، برای این وصیت سه حالت وجود دارد که علمای احناف آن ذکر کرده‌اند[3]:

۱. زمانی که موصی‌به امری باشد که در شریعت ما و آنان مایه قربت و نزدیکی به خداوند باشد مانند: صدقه بر فقرای مسلمانان یا ذمیین یا برای تعمیر مسجدالاقصی، یا ساخت مدرسه یا

---

[1] .به روایت بخاری و مسلم (نیل الاوطار:۶/۳).

[2] . به روایت بخاری و دیگران از ابن عمر (نیل الاوطار: ۶/۳).

[3] . البدایع: ۳۴۱/۷).

بیمارستان و غیره، به اتفاق فقها این وصیت جایز است، زیرا هم مسلمانان و هم اهل ذمه به طور مساوی با این‌گونه اعمال به خداوند تقرب می‌جویند.

۲. اگر موصی‌به از دیدگاه مسلمانان مایه قربت است اما از دیدگاه آنان این‌گونه نیست مانند این‌که وصیت کند مسجدی ساخته شود یا به جای او فریضه حج انجام داده شود، این وصیت به اتفاق علمای احناف باطل است؛ زیرا در این صورت او اعتقاد ندارد که موصی‌به مایه نزدیکی به خداوند است.

۳. اگر موصی‌به از دیدگاه آنان مایه قربت باشد، اما از نظر اسلام این‌گونه نباشد، مانند این‌که وصیت کند کلیسا یا عبادت‌گاه دیگری ساخته شود، یا وصیت کند در عید آنان قربانی داده شود، از دیدگاه احناف این وصیت صحیح است، زیرا آنچه معتبر می‌باشد این است که از دیدگاه او مایه قربت باشد، لذا وصیت او برای ساخت مسجد باطل است زیرا از دیدگاه آنان مایه قربت نیست. این قول راجح است.

اما دو شاگرد ابوحنیفه گفته‌اند: این وصیت باطل است، زیرا از دیدگاه شریعت ما این وصیت وصیت به معصیت است و وصیت به معصیت صحیح نیست.

ائمه دیگر[1] نیز این گفته را تأیید کرده‌اند که وصیت به معصیت (آن‌که مایه قربت نیست) هر چند ذمی هم باشد، باطل است زیرا کمک به گناه است.

شرط نفوذ وصیت در موصی‌لَه:

وصیت برای وارث: برای نفوذ وصیت شرط است که موصی‌لَه هنگام مرگ موصِی وارث او نباشد، اگر وارث دیگری وجود داشته باشد، وصیت برای یکی از وارثان صحیح نمی‌باشد. اگر دیگر وارثان اجازه‌ی این وصیت را بدهند، آن‌گاه نافذ می‌گردد. بنابراین، وصیت برای وارث متوقف بر اجازه‌ی دیگر وارثان است به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((إنَّ اللهَ أعطى كل ذی حَقٍّ حَقَّهُ، فلا وَصِيَّةَ لوارِثٍ))[2]: خداوند حق هرکسی را به او داده است، بنابراین وصیت برای وارث جایز نمی‌باشد. و نیز می‌فرماید: ((لا تَجُوزُ وصيّةٌ لِوارِثٍ، إلا أن يَشاءَ الوَرَثَةُ))؛ و در روایتی دیگر

---

[1] . مغنی المحتاج:۳/۴۰، الشرح الکبیر:۴/۴۲۷، کشاف القناع:۴/۴۰۴.

[2] . این حدیث را پنج تن (احمد و اصحاب السنن) به جز ابوداود از عمروبن خارجه روایت کرده‌اند، و ترمذی آن را صحیح دانسته است، هم‌چنین پنج تن از راویان صحاح از ابوامامه روایت کرده‌اند (نیل الاوطار:۶/۳۹-۴۰).

فرمود: ((لا وَصِيَّةَ لِوارِثٍ إلاّ أن يُجيزَ الوَرَثَةُ))[۱] وصیت برای یکی از وارثان جایز نیست و تنفیذ نمی‌گردد مگر به اجازه‌ی دیگر وارثین. زیرا ترجیح دادن یکی از آنان بر دیگران بدون رضایت ایشان، سبب ایجاد اختلاف، نزاع، قطع صله‌ی رحم و ایجاد کینه و حسادت بین وارثین می‌گردد.

احادیث فوق به این مطلب اشاره دارند که وصیت برای یکی از وارثان اندازه‌اش هر چقدر باشد جز با اجازه‌ی دیگر وارثین تنفیذ نمی‌گردد، اگر مابقی وارثین اجازه دادند به او داده می‌شود در غیر این صورت وصیت باطل است، اگر بعضی‌ها اجازه دهند در سهم آنان تنفیذ می‌گردد و در سهم باقی دیگر باطل خواهد بود زیرا کسی که اجازه می‌دهد تنها بر خود ولایت دارد. این شرط از دیدگاه جمهور فقها برای تنفیذ وصیت گرفته شده است، جمهور فقها اقرار نموده‌اند که این وصیت صحیح است لیکن جز با اجازه‌ی همه ورثه‌ها تنفیذ نمی‌گردد. و علمای مالکیه گفته‌اند: به دلیل حدیث: ((لا وصيّةَ لِوارثٍ))، این وصیت باطل است. اگر باقی ورثه‌ها اجازه‌ی تنفیذ آنچه را که موصی برای یکی از آنان یا زاید بر یک سوم وصیت کرده است بدهند، این بخششی نو از جانب آنان خواهد بود نه تنفیذ وصیت موصِی.

برای صحت اجازه دو شرط در نظر گرفته می‌شود:

نخست: اجازه دهنده اهل بخشش و عالم به موصی‌به باشد: یعنی بالغ و عاقل باشد، محجورٌعلیه به خاطر سفه یا سبک مغزی یا بیماری مرگ نباشد، و عالم به موصی‌به باشد، بنابراین اجازه‌ی صغیر، دیوانه و کسی که در بیماری مرگ است، صحیح نیست، هم‌چنین اجازه‌ی وارثی که علم به موصی‌به نداشته باشد صحیح نیست. و علمای حنابله گفته‌اند: اگر بیمار اجازه دهد از یک سوم دارایی او حساب می‌شود[۲].

دوّم: اجازه دادن آنان بعد از مرگ موصِی باشد: اجازه دادن ورثه‌ها در حال حیات موصی اعتبار ندارد، اگر در حال حیات او اجازه دهند سپس بعد از وفات اجازه‌شان را رد کنند، رد کردن او صحیح بوده و وصیت باطل می‌شود، در این صورت وصیت چه برای وارث یا برای اجنبی مازاد بر یک سوم ترکه باشد مساوی است.

---

[۱]. این دو حدیث را دارقطنی روایت کرده است اولی را از ابن عباس و دومی را از عمروبن شعیب از پدر او از جد او (نیل الاوطار:۶/۴۰).

[۲]. القوانین الفقهیه:ص۴۰۶، فتح العلی المالک:۱/۳۲۲ به بعد.

احناف، شوافع، حنابله و مالکیه بر این نظریه می‌باشند.

در کل چنان‌که ابن جزی ذکر کرده است: اگر باقی وارثین وصیت برای وارث یا بیشتر از یک سوم برای اجنبی را بعد از مرگ وصیت‌کننده اجازه دهند، آن وصیت لازم می‌گردد، اگر قبل از بیماری او اجازه دهند بر آنان لازم نمی‌گردد، و اگر در بیماری او اجازه دهند، بر کسانی لازم می‌گردد که جزو عیال او نباشند، غیر از کسانی که تحت نفقه‌ی او هستند. قول دیگری نیز هست که «حطاب» آن را ترجیح داده است و آن این‌که اجازه لازم می‌گردد.

وارثی که اجازه می‌دهد چه کسی است؟ اتفاق همه مذاهب بر این است که در هنگام مرگ موصی، وارث باشد نه وقت ایجاد وصیت، اگر هنگام وصیت وارث نباشد، سپس هنگام مرگ بنا بر امری حادث، جزو وارثین گردد، وصیت متوقف می‌گردد. اگر هنگام وصیت وارث باشد، سپس هنگام مرگ بر اثری محجوب گردد، در این صورت وصیت نافذ می‌شود. زیرا عبرت به ارث و عدمِ آن هنگام مرگ موصی است، و به خاطر این‌که این زمان، هنگام ثبوت حکم وصیتی است که ثبوت ملک موصی‌به می‌باشد.

کسانی که قائل به مشروعین وصیت برای وارث هستند:

شیعه زیدیه، امامیه و اسماعلیه[1] بر این باورند که وصیت برای وارث بدون توقف بر اجازه‌ی ورثه‌ها جایز است و دلیل آنان استناد به ظاهر آیه زیر می‌باشدکه خداوند می‌فرماید: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ((هنگامی که یکی از شما را (امراض مخوف و اسباب و علل) مرگ فرا رسد، اگر دارایی فراوانی از خود به جای گذاشت، (از سوی خدا قانون) وصیّت بر شما واجب شده است (و باید) برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیّت کند. این حق (واجبی) است بر پرهیزکاران.)) (بقره:۱۸۰). و می‌گویند نسخِ وجوب مستلزم نسخ جواز نمی‌باشد. اما گفته‌ی آنان این‌گونه رد می‌شود که در حدیثی از ابن عباس آمده است که پیامبرﷺ تصریح به نفی جواز کرده است مگر این‌که دیگر ورثه‌ها اجازه دهند، و آیه مذکور با سنت پیامبرﷺ یا آیه فرایض منسوخ گردیده است.

---

[1] . نیل الوطار:۴۱/۶، المختصر النافع فی فقه الامامیه:ص۱۷۸، الفقه المقارن للاستاذ حسن احمد الخطیب:ص ۱۸۸

قانون وصیت مصر در سال ۱۹٤٦(م۳۷) بر خلاف رأی جمهور فقها به این رأی عمل کرده است و وصیت برای وارث در حدود یک سوم را بدون اجازه ورثه‌ها جایز دانسته است. اما قانون سوریه (م۲/۲۳۸) به رأی جمهور – که وصیت برای وارث جز با اجازه دیگر ورثه‌ها تنفیذ نمی‌گردد- عمل کرده است.

کسانی که مطلقاً وصیت برای وارث را منع می‌کنند: مزنی و ظاهریه[1] گفته‌اند: وصیت برای وارث صحیح نیست هرچند دیگر ورثه‌ها هم اجازه دهند، زیرا خداوند از آن منع کرده است، پس ورثه‌ها نمی‌توانند چیزی را جایز بگردانند که خداوند بر زبان پیامبرش آن را باطل اعلام کرده است، بنابراین اگر اجازه دهند در این صورت بخششی نو از طرف آنان خواهد بود نه اجرای وصیت موصِی، زیرا در این هنگام مال و دارایی از آنِ آنان گردیده است، پس حکم موصِی در آن‌چه که با ارث استحقاق آن را یافته‌اند، باطل است به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((إنَّ دِمائَکُم وأموالَکُم و أعراضَکُم عَلَیکُم حرامٌ))[2] خون، دارایی و حیثیت هر یک از شما بر دیگری حرام است. لذا آنان نمی‌توانند اجازه‌ی باطل را بدهند، اما اگر بخواهند وصیت را از مال خودشان با اختیارشان تنفیذ کنند این حق را دارند و آنگاه می‌توانند پاداش را برای هرکسی که بخواهند قرار دهند.

مطلب سوم: شروط موصی‌به (آنچه که وصیت گردیده است):

موصی‌به دارای شرایط صحت و شرایط تنفیذ می‌باشد.

شرایط صحت عبارتند از:[3]

۱. مال باشد.

۲. درای قیمت باشد.

۳. قابل تملیک باشد.

---

[1]. بدایة المجتهد:۲/۳۲۹، المحلی: ۹/۳۸۷، ف ۱۷۵۳.

[2]. حدیث متواتر متفق علیه از ابی بکرة (سبل السلام:۳/۷۱، ۷۳).

[3]. البدایع:۷/۲۵۲-۲۵٦، تبیین الحقایق:٦/۱۸۳، الدرالمحتار ورد المختار:۵/۴۵۹، الشرح الصغیر۴/۵۸۰-۵۸۱، المغنی:٦/۵۹-٦۴، الشرح الکبیر:۴/۴۲۳، القوانین الفقهیه:ص۴۰۵، بدایة المجتهد:۲/۳۲۹، مغنی المحتاج: ۳/۴۲-۴٦، المهذب:۱/۴۵۲، کشاف القناع:۴/۴۰۷-۴۱۸، غایة المنتهی:۲/۳۱۳.

۴. اگر معین باشد باید در ملکیت موصِی باشد.

۵. وصیت به گناه نباشد.

تفصیل آن عبارت است از:

۱. موصی به مالی باشد که قابلیت آن را داشته باشد که از کسی به ارث برده شود، زیرا وصیت تملیک است، و چیزی که مالیت نداشته باشد قابل تملیک نیست.

مال موصی‌به شامل اموال تقدی از قبیل درهم و دینار، و عینی مانند زمین، مسکن، درختان، کالای تجارتی، حیوان، لباس و دیگر اثاثیه‌هاست. بدهی‌هایی که بر عهده‌ی دیگری باشد، حقوق واجب شده برای او از غنایم، حقوقی که ارزش مالی دارد از قبیل حقوق راه، آب و قنات برای زمین، منافع دیگری مانند سکونت در مسکن زراعت زمین، ثمره‌ی بستانی که در آینده ایجاد می‌شود، سوار شدن بر چهارپا یا ماشین و آنچه خرید و فروش آن صحیح باشد از جمله‌ی مال محسوب می‌شود.

از دیدگاه احناف هرچند که منافع به ارث برده نمی‌شود، امت به دلیل این‌که در حال حیات معامله بر آن صحیح است لذا وصیت کردن به آن نیز صحیح می‌باشد زیرا مقصود تملیک منافع آن بعد از مرگ اوست.

اما غیر احناف گفته‌اند: وصیت به منافع صحیح است، زیرا در ملک با عقد و ارث همانند اعیان است، پس در وصیت نیز همانند اعیان خواهد بود.

اگر موصی‌به مال نباشد مانند خون، مردار و پوست مردار قبل از دباغ، وصیت باطل خواهد بود، زیرا محل ملک نیست.

علمای شافعیه وصیت کردن پوستی که قابلیت دباغ را داشته باشد یا مرداری که قابلیت دارو برای زخم‌ها را داشته باشد، صحیح دانسته‌اند.

۲. شرط دوم موصی‌به این است که در عرف شرع قابل قیمت گذاری باشد: یعنی شرعاً انتفاع از آن صحیح باشد، وصیت برای یک مسلمان و هم‌چنین وصیت مسلمانی به مالی که شرعاً انتفاع از آن صحیح نباشد مانند سگ و خوک و درندگانی که قابلیت شکار را نداشته باشند، جایز نیست، زیرا از دیدگاه اسلام دارای نفع نبوده و شرعاً استفاده از آن صحیح نمی‌باشد، اما وصیت توسط یک مسیحی برای مسیحی دیگر جایز است زیرا در اعتقاد آنان استفاده از چنین چیزی جایز است. و وصیت به چیزی‌که حق انتقال را نداشته باشد مانند قصاص و حد تهمت و حق شفعه جایز نیست.

وصیت برای زن نوحه‌خوان جایز نیست، هم‌چنین وصیت به چیزی بیهوده یا دادن مال برای کشتن کسی جایز نمی‌باشد. هم‌چنین صحیح نیست وصیت کند کسی به جای او روزه بگیرد یا نماز بخواند. وصیت برای خواندن قرآن بر مرده - با وجود اختلاف نظرها- صحیح است.

از دیدگاه احناف وصیت به سگ آموزش دیده و درندگانی که بتوانند شکار کنند صحیح است زیرا از دیدگاه آنان انتفاع از آن صحیح است و به دلیل این‌که در صورت تلف شدن شخص تلف کننده ضامن خواهد بود. و خرید و فروش آن جایز است.

هم‌چنین از دیدگاه شوافع و حنابله وصیت به چیزی که در آن نفعی مباح بدون مال وجود داشته باشد مانند سگ شکاری، سگی که از گوسفند یا زراعت و غیره نگهبانی دهد و دست یافتن بر آن ممکن باشد، صحیح است. وصیت بخشش است لذا در غیر مال همانند مال است. وصیت کردن روغن نجس برای غیر مسجد صحیح است، زیرا دارای نفع مباح است که می‌توان به وسیله آن چراغ روشن کرد اما وصیت آن برای مسجد جایز نیست، زیرا روشن کردن چراغ مسجد به وسیله آن جایز نیست. از دیدگاه شوافع وصیت به کودی که از آن استفاده شود مانند سرگینی که با خاکستر آمیخته شده باشد، جایز است. وصیت به خمر حلال - خمری که به قصد تهیه سرکه از آب انگورگرفته می‌شود نه به قصد خمر- جایز است. هم‌چنین وصیت به دهل جهت استفاده صحیح مانند دهل جنگ که برای ایجاد رعب و وحشت در میان دشمن نواخته می‌شود یا دهلی که جهت اعلام رفت یا برگشت حجاج زده می‌شود، صحیح است.

وصیت به ظرف طلا و نقره صحیح است، زیرا مالی است که می‌توان از آن جهت زینت زنان یا فروش استفاده نمود.

۳. شرط سوم موصی به آن است که قابل تملیک باشد هرچند که هنگام وصیت وجود نداشته باشد: یعنی موصی‌به چیزی باشد که به وسیله عقد، یا ارث تملک آن صحیح باشد، زیرا وصیت به ملکیت کسی در آوردن مال است، و آنچه که قابلیت تملیک نداشته باشد، وصیت کردن آن صحیح نیست.

وصیت به عین مالش به صورت نقدی یا به صورت کالا صحیح است زیرا با هبه یا بیع مالک آن می‌گردد، و وصیت به منفعت مالش مانند سکونت در مسکن یا سوار شدن بر سواری جایز است زیرا با اجاره مالک آن می‌گردد. هم‌چنین وصیت به بدهی‌اش که بر فلانی است صحیح است، زیرا در حقیقت این همانند وصیت به عین است و مانند این است پولی را که بر عهده‌ی بدهکارش بوده برای او وصیت می‌کند.

وصیت به میوه‌ی درختش برای همیشه جایز است، زیرا خرید محصولات زراعی قبل از وجود آن با عقد سَلَم شرعاً جایز است.

وصیت کردن آنچه در شکم گاو یا گوسفندش است جایز است.

اما از دیدگاه احناف وصیت به آنچه گوسفندانش خواهد زایید جایز نیست زیرا بر اساس شریعت با هیچ عقدی قابل تملیک نیست، تنها چیزی که احناف جایز می‌دانند وصیت کردن معدومی است که احتمال دارد به وجود بیاید، و وجود موصی‌به فی الحال شرط نیست.

جمهور فقها گفته‌اند: به طور مطلق وصیت معدوم جایز است، زیرا در حیات موصی با عقد مساقات قبول تملیک می‌کند، پس وصیت آن هم صحیح است.

آنچه احناف وصیت کردن آن را جایز دانسته‌اند که قابلیت تملیک داشته باشد باید در آینده به وجود بیاید، لیکن وجود بر حسب نوع مال فرق می‌کند.

اگر مال معین باشد مانند: مسکنی معین یا مزرعه‌ای معین باید هنگام وصیت موجود باشد.

اگر در کل دارایی‌اش پخش شده باشد مانند وصیت به یک سوم یا یک چهارم مالش، باید هنگام مرگ موصِی موجود باشد، زیرا آن زمان وقت تنفیذ وصیت است.

اگر جزو بخشی از دارایی‌اش باشد مانند وصیت به یک سوم گوسفندانش، اگر هنگام وصیت گوسفندانی داشته باشد شرط گرفته می‌شود مانند نوع اول هنگام وصیت وجود داشته باشد، اگر هنگام وصیت اصلاً گوسفند نداشته باشد،آنگاه مانند موصی‌به موجود در بین کل دارایی‌اش خواهد بود که شرط گرفته می‌شود هنگام مرگ او وجود داشته باشد زیرا چیز معینی نیست تا مقید شود.

شرط موصی‌به از دیدگاه جمهور فقها غیر از احناف به طور کلی این است که هنگام مرگ وصیت‌کننده موجود باشد. دلیل جمهور فقها که مطلقاً قائل به صحت وصیت کردن معدوم مانند: ثمره‌ی بستان برای زمانی معین یا همیشه یا به آنچه که چهارپا یا گوسفندش خواهد زایید، می‌باشند، این است که جایز است با عقد سلم یا مساقات مالک آن گردید پس با وصیت نیز می‌توان مالک آن شد. اما احناف که از روی استحسان وصیت کردن آنچه که گوسفندانش خواهد زایید را جایز ندانسته‌اند این است که در حال حیات موصی هم با هیچ عقدی قابلیت تملیک ندارد.

همه اتفاق نظر دارند بر این‌که وصیت مجهول و چیزی که قدرت تسلیم آن را نداشته باشد، جایز است زیرا موصی‌له بعد از مرده در یک سوم دارایی‌اش جانشین او می‌شود. هنگامی

که جایز باشد وارث مرده در چنین مواردی جانشین او شود، جایز است که موصی‌له نیز جانشین او گردد.

و نیز اتفاق نظر دارند که وصیت به سهم مشاع و مقسوم جایز است، زیرا وصیت تملیک جزئی از مالش است، پس در مشاع و مقسوم هم جایز است.

این احکام چنان‌که فقها گفته‌اند: بر آن دلالت می‌کند که وصیت گسترده‌ترین عقد از میان عقود می‌باشد.

۴. شرط چهارم موصی‌به: اگر موصی‌به معین باشد باید هنگام وصیت در ملکیت موصی باشد، زیرا وصیت کردن معین ایجاب می‌کند که ملک شخص باشد پس باید هنگام وصیت در ملکیت موصی باشد زیرا وصیت کردن ملک غیر جایز نیست. اگر کسی بگوید: من دارایی زید را وصیت می‌کنم، چنین وصیتی از دیدگاه جمهور فقها باطل است، به خاطر این‌که ملک غیر بوده، و وصیت به ملک غیر فاسد و باطل است.

شروط موصی‌به در قانون طبق ماده دهم قانون مصر به عبارت زیر است:

۱. موصی‌به چیزی باشد که ارث در آن جریان داشته باشد، یا این‌که در حال حیات موصی محل عقد بستن باشد.

۲. اگر معین باشد باید هنگام وصیت در ملکیت موصی باشد.

و در قانون سوریه(م۲۱۶) باید شروط زیر در موصی‌به موجود باشد:

۱. بعد از مرگ موصی قابل تملیک باشد، و در شریعت استفاده از آن صحیح باشد.

۲. اگر معین باشد باید هنگام مرگ موصی در ملکیت او موجود باشد.

و در نص ماده (۲۱۷) آمده است که: وصیت به حقوقی که با ارث منتقل می‌شوند، صحیح است، از این جمله است حق المنفعه از عین مستأجره بعد از وفات مستأجر.

و در نص ماده (۲۱۸) آمده است که: وصیت به اینکه اندازه‌ی معینی مال به موصی‌لَه قرض داده شود، صحیح است، این وصیت در مازاد بر یک سوم نافذ نمی‌گردد مگر با اجازه‌ی ورثه‌ها.

۵. شرط پنجم موصی‌به: موصی‌به معصیت یا حرام شرعی نباشد: زیرا مقصود از وصیت جبران مافات در حال حیات موصی است، بنابراین جایز نیست وصیت به گناه باشد. برای وصیت به گناه از هر مذهبی مثالهای فراوانی وجود دارد:

از جمله مثالهای مذهب حنفی[۱]: وصیت به غذا برای زنان نوحه‌خوان بعد از مرگ او یا ساختن قبر یا گل‌آلود کردن آن، یا ساختن قبه و بارگاه بر روی قبر او، دفن کردن او در منزلش، یا زیاده‌روی در کفن او یا وصیت به خواندن قرآن بر قبر یا در منزل او، همه این وصیت‌ها باطل هستند، زیرا جایز نیست کسی را برای خواندن قرآن اجاره کرد. اما آنچه علمای متأخر به آن فتوی داده‌اند، جواز اجاره کردن برای انجام همه عبادت‌ها نمی‌باشد بلکه بر جواز اجاره کردن برای چیزی است که ضرورت مقتضی آن است و ترس ضایع شدن آن می‌رود، مانند اجاره کردن برای آموزش قرآن، فقه، اذان یا امامت از بیم تعطیل شدن به خاطر شوق و رغبت اندک مردم در کار خیر، در اجاره کردن کسی برای خواندن قرآن بر قبر هیچ ضرورتی وجود ندارد، اگر اجاره کردن کسی برای انجام همه عبادت‌ها جایز می‌بود، برای روزه، نماز و حج هم جایز می‌بود، در حالی که به اجماع فقها چنان‌که ابن عابدین گفته است، باطل می‌باشد.

تمام آنچه ذکر شد، مانع این نیست که کسی با اختیار خود از روی احسان و نیکی قرآن قرائت نماید، اگر کسی قبر دوست یا یکی از فامیل‌هایش را زیارت کند و بر روی آن قرآن بخواند، کار خوبی است، اما وصیت برای خواندن قرآن بر روی قبر بی معنی است.

لیکن بطلان وصیت به گل‌آلود کردن قبر و قرائت قرآن بر آن مبنی بر کراهت تحریمی است، اما قول مختار از دیدگاه احناف عدم کراهت است.

این است حکم وصیت به گناه که همان بطلان است، زیرا این وصیت برای صله رحم یا قرابت نبوده است، اما وصیت برای اهل فسق و معصیت مکروه است، زیرا معنی صله‌ی رحم در وصیت باقی مانده است.

وصیت مسلمان برای معبد یهود یا کلیسا باطل است، زیرا وصیت به گناه است، اما اگر شخص ذمی برای معبد یا کلیسا وصیت کند، یا وصیت کند در عید آنان قربانی داده شود، از دیدگاه احناف جایز است زیرا معتبر در وصیت آنان چیزی است که از دیدگاهشان مایه قربت و نزدیکی باشد، زیرا آنان اهل قربت حقیقی نیستند، دو شاگر ابوحنیفه گفته‌اند: چنین وصیتی باطل است، زیرا وصیت به این چیزها وصیت به گناه است و وصیت به گناه صحیح نیست. وصیت کردن قرآن برای این‌که وقف مساجد شود از نظر ابوحنیفه باطل و از دیدگاه محمد صحیح است. اگر کسی وصیت کند در قبر او فرشی گذاشته شود، برخی گفته‌اند مانند کفن اضافی صحیح است و برخی گفته‌اند جایز نیست زیرا ضایع کردن مال است. اگر کسی وصیت کند

---

[۱] . الدرالمختار و رد المحتار:۵/۴۷۱،۴۵۸، ۴۸۸ و ما بعد آن، البدایع:۷/۳۴۱.

قبرش با گچ و غیره ساخته شود، برخی گفته‌اند: اگر جهت جلوگیری از انتشار بو و تقویت قبر باشد، صحیح است در غیر این صورت باطل است. اگر برای دادن غذا در مراسم عزاداری وصیت کند، به شرط این‌که مسافران و دور افتادگان از آن استفاده کنند، صحیح است.

مثال وصیت به گناه در مذهب مالکیه:[1] وصیت کردن به مالی که به وسیله آن خمر حرام برای مصرف‌کنندگان آن خریده شود، یا این مال به شخصی داده شود که کسی را به ناحق به قتل برساند، وصیت کردن جهت ساختن مسجد یا مدرسه‌ای در زمینی که موقوفه‌ی قبرستان باشد، وصیت کردن برای کسی که به جای او نماز بخواند یا روزه بگیرد، وصیت کردن به ساختن چراغی از طلا یا نقره تا در قبر پیامبری یا یکی از اولیا آویزان شود، زیرا این گونه وصیت ضایع نمودن مال در مسیری است که شارع به آن فرمان نداده است، در این صورت ورثه‌ها می‌توانند به دلخواه خویش چنین مالی را تصرف کنند.

و وصیت به نوحه‌خوانی بر او بعد از مرگش، یا وصیت به بازی و سرگرمی حرام در مراسم عروسی، یا دادن مال در مسیر حرام مانند قتل نفس، وصیت به ساختن قبه‌ای بر قبر جهت فخر و مباهات، وصیت به برپا کردن مراسمی مولودخوانی مانند مراسم امروزه که زن و مرد با هم مختلط شده و دیگر منکرات که در آن انجام داده می‌شود، وصیت به نوشتن جواب سؤالاتی که در قبر از او پرسیده می‌شود و در کفن یا قبر او قرار دادن آن، در همه موارد ذکر شده وصیت باطل بوده و نافذ نمی‌گردد و مالی که وصیت می‌گردد جزو میراث خواهد بود.

علمای مالکیه اجازه داده‌اند که مالی را برای کسی وصیت کند که بر قبر او قرآن بخواند، چنین وصیتی همانند وصیت به انجام فریضه حج به جای او نافذ است، هم‌چنین وصیت به تکفین، حمل و غسل و دیگر مواردی که اجاره کردن کسی برای انجام آن صحیح باشد، جایز است، وصیت برای مسجد جایز است و مال وصیت شده جهت مصالح آن مصرف می‌گردد.

مثال وصیت به گناه یا به چیزی که مایه قربت نیست از دیدگاه علمای شافعیه[2]:
وصیت برای کلیسا، وصیت به اسلحه برای دشمن حربی، وصیت برای ساختن محلی برای انجام

---

[1] . الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی:۴/۴۲۷، شرح الرصاع التونسیس علی حدود ابن عرفة:ص۵۳۱.

[2] . المهذب:۱/۴۵۵، مغنی المحتاج:۳/۴۰، حاشیة الباجوری:۲/۹۰.

برخی گناهان مانند می‌خانه، یا وصیت برای موردی جهت از بین بردن ترکه، همه این وصیت‌ها به دلیل مخالفت با مقتضای وصیت در مسیر خیر و انجام نیکی باطل می‌باشد.

مثال وصیت‌های باطل از دیدگاه شافعیه و حنابله[1]: وصیت به تهیه دهلی که استفاده از آن در جنگ و غیره حلال نباشد، وصیت به مزمار، طنبور و عود، هم‌چنین همه آلات موسیقی هرچند دارای تارهای موسیقی نباشد، زیرا چنین وسایلی برای انجام گناه مهیا گردیده‌اند، وصیت به کتاب‌های جادو و بدعت‌های گمراه‌کننده، زیرا چنین وصیتی کمک به گناه می‌باشد.

وصیت به تعمیر مسجد و مصالح آن مشروط به پذیرفتن متولی آن صحیح است، وصیت برای خواندن قرآن بر قبر صحیح است، زیرا پاداش خواندن با وجود یکی از سه شرط زیر به میت واصل می‌گردد: خواندن قرآن در کنار قبر،دعا کردن برای میت بعد از تلاوت، نیت حاصل شدن پاداش برای میت.

مثال وصیت به گناه یا انجام کار حرام اعم از این‌که وصیت کننده مسلمان باشد یا ذمی از دیدگاه حنابله: وصیت به ساختن بارگاه و بلند کردن قبر بیشتر از یک وجب، وصیت به ساختن کلیسا یا آتشکده مجوس یا تعمیر آن، چنین وصیتی باطل است. اما وصیت برای مسجد بنابراین‌که جهت اصلاح و نیازهای آن مصرف گردد، صحیح است و وصیت به نوشتن علم و قرآن صحیح است که سبب قربت و نیکی می‌گردد.

آنچه در موصی‌به جهت نافذ گردیدن آن شرط گرفته می‌شود:

برای نافذ گردیدن وصیت در موصی‌به دو شرط گرفته شده است:

حجر به خاطر بدهی که همه دارایی او را دربر بگیرد:

۱. بدهی‌های او در حدی نباشد که همه دارایی او را در بر بگیرد: زیرا چنان‌که در بخش وجوب پرداخت بدهی قبل از عمل به وصیت بیان شد، بعد از تجهیز و تکفین میت دادن بدهی‌های او بر همه چیز مقدم می‌باشد. و تقدیم وصیت بر بدهی در آیه ((مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِها أَو دَينٍ)) [نساء:۱۲] بر تقدیم رتبه‌ی وصیت بر بدهی دلالت نمی‌کند، بلکه جهت متوجه کردن

---

[1] . کشاف القناع:۴/۴۱۳، غاية المنتهى:۲/۳۶۳-۳۶۵، المغني:۶/۱۰۵.

ما به اهمیت وصیت و وجوب تنفیذ آن توسط ورثه‌ها می‌باشد، اگر طلبکارن اجازه دهند وصیت او تنفیذ می‌گردد در غیر این صورت باطل خواهد بود.

وصیت به بیشتر از یک سوم:

۲. در صورتی که موصی وارث داشته باشد نباید موصی‌به بیشتر از یک سوم ترکه باشد: زیرا اجماع علما بر وجوب اقتصار بر یک سوم می‌باشد، به دلیل حدیث سعد بن ابی وقاص که در سنت ثابت است ((الثُلثُ والثُلثُ کثیر)). و مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه‌ی ورثه‌ها خواهد بود، اگر ورثه‌ها مازاد بر یک سوم برای اجنبی را اجازه دادند وصیت نافذ می‌گردد در غیر این صورت باطل است.

و اجازه جز با دو شرط گذشته در وصیت برای وارث معتبر نخواهد بود: نخست اینکه: بعد از وفات وصیت‌کننده باشد، دوّم این‌که: کسی که اجازه می‌دهد اهل بخشش و عالم به موصی‌به باشد. اگر تنها بعضی از ورثه‌ها اجازه دهند در سهم آنان نافذ و در سهم بقیه باطل خواهد بود.

اگر موصی وارث نداشته باشد از دیدگاه علمای احناف وصیت به بیشتر از یک سوم صحیح و نافذ خواهد بود هرچند موصی‌به همه دارایی‌اش باشد، زیرا آن‌چه که مانع نفوذ وصیت در بیشتر از یک سوم است تعلق حق ورثه‌ها به آن می‌باشد لذا بدون رضایت آنان نافذ نمی‌گردد، پس اگر وارثی وجود نداشته باشد حق کسی در آن باقی نمی‌ماند.

جمهور فقها (مالکیه،حنابله و شافعیه) گفته‌اند: اگر کسی بیشتر از یک سوم دارایی‌اش را وصیت کند و هیچ وارثی نداشته باشد، وصیت او در مازاد بر یک سوم باطل است، زیرا در این صورت دارایی او میراث همه مسلمانان خواهد بود و کسی از آنان به او اجازه‌ی چنین کاری را نداده است، بنابراین وصیت او در مازاد بر یک سوم باطل خواهد بود. و در صورتی که وارث داشته باشد، از دیدگاه شافعیه و حنابله تنفیذ آن در مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه یا رد وارث خواهد بود، اگر اجازه دهند نافذ و در غیر این صورت وصیت به یک سوم بر می‌گردد. اما از دیدگاه مالکیه وصیت به مازاد بر یک سوم باطل است.

مستحب است صاحب دارایی کمتر از یک سوم دارایی‌اش را وصیت کند:

بهتر آن است که انسان تمام یک سوم مالش را وصیت نکند، بلکه مستحب است کمتر از یک سوم باشد اعم از این‌که ورثه‌ها فقیر باشند یا ثروتمند، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود:

((الثُلثُ والثُلثُ کثیر)). و در وصیت کردن کمتر از یک سوم نیکی با نزدیکان او محقق می‌گردد بر خلاف یک سوم کامل زیرا در این صورت تمام حقش را گرفته و برای کسی باقی نگذاشته است، پس منتی وجود ندارد، چنان‌که در حکم شرعی وصیت روشن می‌شود ترک وصیت به خاطر فقر ورثه‌ها بهتر است.

مبحث سوم احکام وصیت

حکم بر سه چیز اطلاق می‌شود: حکم تکلیفی که متعلق به فعل است از جهت وجوب، اباحت و غیره، یا به معنی حکم شرع بر چیزی بعد از وجود آن یعنی صفت شرعی آن از لحاظ صحت، بطلان، تنفیذ، لزوم و غیره، یا به معنی اثر شرعی است که بر چیزی جاری می‌شود از قبیل نقل ملکیت و غیره. معنی اول آن را توضیح داده‌ام و اینک احکام وصیت با دو معنی آخر را توضیح می‌دهم.

مطلب اول – صفت شرعی وصیت و رجوع از آن:

هنگامی‌که وصیت دارای شروط صحت باشد، صحیح خواهد بود در غیر این صورت باطل است، مانند وصیت مجنون و معتوه که دارای اهلیت نیستند و وصیت برای انجام گناه، وصیت جهت تهیه خَمر و خرید خوک برای مسلمان. هنگامی که وصیت دارای شرایط تنفیذ باشد نافذ خواهد بود،گاهی هم متوقف بر اجازه ورثه‌ها خواهد بود مانند این‌که برای یکی از وارثانش یا بیشتر از یک سوم دارایی‌اش را وصیت کند.

فقها[1] اتفاق نظر دارند بر این‌که وصیت عقدی غیر لازم است، و برای وصیت‌کننده در حال حیاتش جایز است از کل یا بخشی از آن رجوع کند اعم از این‌که در حال صحت یا بیماری وصیت کرده باشد، به دلیل گفته‌ی عمرؓ: ((يُغَيِّرُ الرَّجُلُ ما شاءَ فِي وَصِيَّتِهِ)): انسان می‌تواند وصیتش را به دلخواه خود تغییر دهد.[2] و به دلیل این‌که وصیت بخشش یا کار نیکی است که به پایان نرسیده است، با مرگ موصی مُنجَز می‌گردد، پس رجوع از آن قبل از قعطی شدن جایز

---

[1] .اللباب:۱۷۸/۴ به بعد، تکملة فتح القدیر:۴۳۸/۸-۴۴۱، الدر المختار:۴۶۵/۵ به بعد، القوانین الفقهیة:ص۴۰۶، الشرح الصغیر:۵۸۷/۴، مغنی المحتاج:۷۱/۳-۷۲، المغنی:۶۸/۶ -۶۷، المهذب:۴۶۱/۱ به بعد، کشاف القناع:۳۸۶/۴-۳۸۹، تبیین الحقائق مع حاشیة الشبلی علی الزیعلی:۱۸۶/۶ به بعد.

[2] . به روایت بیهقی.

است و به دلیل این‌که قبول متوقف بر مرگ است و قبل از قبول صحیح است ایجاب ابطال گردد هم‌چنان‌که در بیع این‌گونه است.

و نیز اتفاق نظر دارند بر این‌که قبول می‌تواند با گفتار آشکار یا با دلالت و اشاره یا با چیزی باشد که جایگزین گفتار یا عمل صریح باشد.

مثال آنچه که جایگزین گفتار صریح باشد مانند این‌که بگوید: آن [چیز وصیت شده] بر موصی‌له حرام باشد، یا این‌که بگوید: برای ورثه‌های من باشد، یا این‌که در موصی‌به تصرفاتی مانند فروش، صدقه دادن، بخشش و رهن دادن، از بین بردن موصی‌به مانند ذبح گوسفند یا مخلوط کردن موصی‌به با چیز دیگری که جدا نمودن آن دشوار باشد، آسیاب کردن گندم، خمیر کردن آرد، ریسیدن پشم، بافتن پشم ریسیده شده، بریدن پارچه برای پیراهن، ساختن معدنی از طلا یا نقره و یا ساختن مسکن یا کاشتن درختی در زمین وصیت کرده، همه اینها بر رجوع او از وصیتش دلالت می‌کند.

جز این‌که علمای مالکیه فعل و تصرف وصیت‌کننده در موصی‌به را معتبر ندانسته‌اند مگر این‌که جوهر و حقیقت آن را تغییر داده یا آن را استهلاک کند، یا این‌که همراه با کار و تصرف او دلیلی وجود داشته باشد که بر قصد رجوع او از وصیت دلالت کند، علمای مالکیه در رجوع از وصیت با گفتار صریح یا تصرفی که استهلاک موصی‌به را به دنبال داشته باشد از قبیل خوردن، ذبح یا سوختن، با جمهور فقها متفقند. اما آنان مخلوط کردن موصی‌به با غیر آن به گونه‌ای که جدا کردن آن از همدیگر دشوار باشد و یا این‌که موصی‌به رشد کرده و افزون گردد و درو کردن زراعت وصیت شده و پوسیده شدن آن را رجوع معتبر نمی‌دانند، زیرا هنوز اسم زراعت بر آن باقی‌ست. مخلوط کردن مذکور و زیاد شدن موصی‌به از دیدگاه مالکیه رجوع محسوب نمی‌شود بر خلاف دیدگاه دیگر فقها.

انکار وصیت مانند این‌که موصِی بگوید: وصیت نکرده‌ام، از دیدگاه علمای احناف چنان‌که در ((الذخیره)) و ((المبسوط)) از قول ابویوسف به آن فتوی داده شده است، رجوع معتبر می‌شود، زیرا انکار وصیت دلیل بر عدم رضایت از آن است و او با این کارش خبر از برگشت خویش از آن وصیت می‌دهد. از دیدگاه محمد و علمای شافعیه و حنابله انکار وصیت برگشت محسوب نمی‌شود، زیرا وصیت یک نوع عقد است و مانند دیگر عقدها با انکار باطل نمی‌گردد.

از دیدگاه علمای شافعیه و حنابله وکیل کردن کسی برای فروش یا رهن یا هبه‌ی موصی‌به یا ساختن مسکن یا کاشتن درخت در زمین وصیت‌شده و خراب کردن قسمتی یا کل منزل

رجوع محسوب می‌گردد. و کاشتن زراعت در زمین از دیدگاه آنان به چیزی که اصل آن باقی نمی‌ماند رجوع محسوب نمی‌گردد چنان که مخلوط کردن موصی‌به با غیر آن که جدا کردن‌شان دشوار نباشد مانند مخلوط کردن گندم با لوبیای سبز، پوشیدن لباس وصیت شده و شستن آن، سکونت در مکان موصی‌به، اجاره یا عاریه دادن یا تزیین آن با گچکاری و تعمیر سقف آن رجوع محسوب نمی‌شود.

رجوع از وصیت در قانون:

قانون بین وصیت اختیاری و وصیت اجباری فرق قائل است، وصیت واجب با مجرد ایجاد آن لازم و واجب می‌گردد حتی اگر آن را واجب نگرداند، اما وصیت اختیاری جز با مرگ موصِی لازم نمی‌گردد.

نص قانون وصیت مصر ماده (۱۸و ۱۹) و قانون احوال شخصیه سوریه (فقره د/م۲۲۰،٪ و/م۲۲۱، ۲۲۲) بر مبنای رجوع از وصیت و حالات آن وضع شده است.

این قانون با اتفاق فقها بر جواز رجوع از وصیت با صراحت یا اشاره، موافقت نموده است چنان‌که با اتفاق آنان بر حالات رجوع صریح اتفاق دارد، و هم‌چنین هر آنچه که رجوع از وصیت محسوب می‌شود از قبیل هرگونه فعل و تصرفاتی که با قرینه یا عرف بر رجوع دلالت کند، مشروط بر این‌که تصریح نکرده باشد که مقصودش رجوع نبوده است، قانون با آن موافق است. و هرگونه تصرفی که موصی‌به را از ملکیت موصی خارج کند و استهلاک موصی‌به با ذبح یا خوردن، رجوع محسوب می‌شود.

قانون در مطلبِ مخلوط کردن موصی‌به با غیر آن به گونه‌ای که جدا کردن آن از هم دشوار باشد و رشد کردن موصی‌به با چیزی که از آن جدا نشود مانند اضافه کردن اتاق یا حمام یا آشپزخانه، به مذهب مالکی عمل کرده است مگر این‌که قرینه یا عرف بر رجوع دلالت کند، و در معتبر ندانستن انکار بر رجوع به رأی جمهور فقها (غیر از احناف) عمل کرده است. و قانوناً فعلی که اسم موصی‌به را تغییر دهد یا بخش اعظم صفات آن را تغییر دهد، رجوع محسوب نمی‌شود مگر این‌که قرینه یا عرف بر آن دلالت کند که قصد موصِی از آن رجوع بوده است.

مطلب دوّم : اثر جاری شونده بر وصیت

در مطلب صیغه‌ی وصیت گفتیم که به وسیله وصیت ملکیت موصی‌به از زمانی که وصیت‌کننده برای شروع ملکیت آن تعین می‌کند برای موصی‌لَه ثابت می‌گردد اما اگر وقتی را برای شروع ملکیت تعیین نکرده باشد، اگر برای موردی عمومی وصیت کرده باشد آثار جاری بر آن از روز وفات وصیت‌کننده شروع می‌شود.

اگر وصیت برای شخص معین باشد از دیدگاه جمهور فقها غیر از حنابله از وقت قبول بعد از وفات وصیت‌کننده آثار آن جاری می‌شود، اما از دیدگاه حنابله بعد از قبول موصی‌له شروع می‌شود. پس اگر موصی‌له قبول نکند مالک موصی‌به نمی‌گردد بلکه به ملکیت ورثه‌ها بر می‌گردد. در قانون سوریه ماده (۲۳۰) و قانون مصر ماده (۲۵) آمده است: اگر وصیت کننده وقت مشخصی را برای استحقاق موصی‌له تعیین نکرده باشد ملکیت موصی‌به برای موصی‌له از لحظه وفات وصیت‌کننده برای موصی‌له ثابت می‌گردد، بنابراین زواید موصی‌به بعد از مرگ وصیت‌کننده برای موصی‌له خواهد بود و هزینه و نفقات آن هم به عهده‌ی او خواهد بود.

مطلب سوم : احکام وصیت کننده:

بنابر شروط ذکر شده‌ی وصیت، حکم وصیت بدهکار و غیر مسلمان را توضیح می‌دهم.

وصیت بدهکار

وصیت بدهکار صحیح است هرچند که بدهی‌ها همه دارایی او را در بر گرفته باشد، زیرا تعلق بدهی به ترکه بعد از مرگ خواهد بود، و هنگام مرگ وصیت کننده اثر بدهی در وصیت آشکار می‌شود.[1]

أ. اگر بدهی‌ها همه دارایی او را در برگرفته باشد: در این صورت تنفیذ وصیت متوقف بر پاک شدن ذمه‌ی وصیت کننده از همه بدهی‌ها یا بعضی از آن خواهد بود اعم از این‌که طلبکارن از بدهی‌هایشان گذشت کنند یا اجازه‌ی وصیت را بدهند یا این‌که شخص دیگری بدهی‌های او را بپردازد.

---

[1] . الوصية للاستاذ الشيخ عيسوى:ص۶۳، ط الاولى.

هنگامی که ذمه‌ی بدهکار از همه بدهی‌ها پاک شد، آنگاه وصیت در یک سوم همه دارایی او نافذ می‌گردد، و در صورتی که قسمتی از بدهی‌های او پرداخت یا بخشیده شود وصیت در یک سوم آن نافذ و در مابقی غیر نافذ خواهد بود.

ب. اگر بدهی‌ها همه دارایی او را در برنگیرد: در این صورت وصیت در یک سوم قسمت خالی از بدهی بدون توقف بر اجازه بدهکاران نافذ خواهد بود زیرا حق کسی به آن تعلق نگرفته است.

قانون مصر ماده (۳۸و۳۹) و قانون سوریه ماده (٤،۳/۲۳۸) با احکام برگرفته از فقه حنفی و غیره موافقت کرده است، وصیت بدهکاری که بدهی‌ها همه مال او را در برگرفته باشد جز با اجازه بدهکار کامل الاهلیهٔ یا ساقط شدن بدهی نافذ نمی‌گردد. و وصیت کسی که بدهکار نباشد و وارث نداشته باشد در کل دارایی‌اش بدون توقف بر اجازه کسی نافذ می‌گردد.

وصیت غیر مسلمان

وصیت مسلمان و غیر مسلمان صحیح است زیرا نوعی بخشش و نیکی‌ست که در همه ادیان آسمانی به آن تشویق شده است. چنان‌که بیان شد وصیت مسلمان برای غیر مسلمان و بالعکس جایز است، اسلام شرط صحت وصیت نمی‌باشد، صحیح است که کافرِ ذمی مالی را برای مسلمان و ذمی و بالعکس وصیت کند[۱]، به دلیل معروف شرعی: ((فإذا قَبِلُوا الذِّمَّةَ، فأعلِمهُم أنَّ لَهُم ما لِلمُسلِمين، و عَلَيهِم ما عَلَى المُسلمين))[۲]: هنگامی که ذمه را قبول کردند، به آنان بگو: برای آنان است آن حقوقی که برای مسلمانان است و بر آنان خواهد بود آنچه که بر مسلمانان است. قانون سوریه ماده (۱/۲۱۵) و مصری ماده (۲/۳) تصریح کرده است وصیت برای اشخاص با اختلاف دین و شریعتشان جایز است.

غیر مسلمان شامل کافر ذمی، حربی و مرتد می‌آید.

---

۱. الدر المختار:۵/۴۹۲،۴۶۳، الکتاب مع اللباب:۴/۱۵۱، ۱۶۹، البدایع:۷/۱۳۶، ۳۳۵، ۳۴۱، الشرح الصغیر:۴/۵۸۱ به بعد، تبیین الحقایق:۶/۱۸۴، تکملة الفتح:۸/۴۳۰، المغنی:۶/۱۰۴، مغنی المحتاج:۳/۴۳، کشاف القناع:۴/۳۹۰.

۲. حدیث صحیح به روایت مسلم و دیگران از بریده.

۱. وصیت ذمی[۱].

فقها بر جواز وصیت ذمی اتفاق نظر دارند، زیرا او اهل تملیک است، و می‌تواند در دارایی خود به دلخواه خود تصرفاتی از قبیل بیع، هبه، وصیت و غیره انجام دهد. و وصیت او همانند وصیت مسلمان در یک سوم ترکه‌اش جایز و نافذ خواهد بود و در مازاد بر یک سوم نافذ نمی‌گردد تا این‌که از حق ورثه‌ها محافظت شده باشد.

او می‌تواند برای کافر ذمی مانند خود یا کسی که طلب امن کرده یا مسلمانی وصیت کند، از دیدگاه احناف او نمی‌تواند برای کافر حربی در دارالحرب وصیت کند، زیرا چنین وصیتی کمک و تقویت دشمن خواهد بود. اما از دیدگاه احناف وصیت او در هر مسیری که از دیدگاه آنان قربت و نیکی باشد، صحیح است مگر این‌که در شریعت او و شریعت مسلمانان حرام باشد، یا این‌که در شریعت اسلام قربت و نیکی باشد و در شریعت آنان این‌گونه نباشد.

آنچه که در هر دو شریعت قربت باشد مانند: وصیت برای فقرا و تعمیر بیت‌المقدس و ساختن مسجدی برای مسلمانانی معین.

آنچه که در شریعت آنان قربت باشد بر خلاف شریعت اسلام مانند: وصیت به ساختن کلیسا یا دادن گوشت خوک به فقراء دینش.

آنچه در شریعت اسلام قربت و در شریعت آنان قربت نباشد مانند: وصیت به ساختن مسجدی برای مسلمانان غیر معین.

آنچه در هردو شریعت حرام باشد مانند: وصیت به ساختن مکان‌هایی برای قمار و رقص.

از دیدگاه احناف وصیت در دو مورد اوّل صحیح و در دو مورد اخیر باطل است.

قانون مصر و سوریه به این احکام جز وصیت به آنچه که تنها در شریعت اسلام قربت باشد مانند ساختن مسجد برای مسلمانان غیر معین عمل کرده است، قانون این احکام را با عمل به مذهب شافعی جایز شمرده است.

۲. وصیت حربی:[۲]

---

[۱] . ذمی: شهروند غیر مسلمان که مقیم دایمی در دار الاسلام باشد.

[۲] . **حربی:** غیر مسلمانی که در کشوری غیر مسلمان زندگی می‌کند، **مستأمن:** غیر مسلمانی که با امان نامه موقت به دار الاسلام داخل شده است. اما مسلمان اعم از اینکه در بلاد اسلام باشد یا نه حربی محسوب نمی‌گردد و مستأمن نیز نمی‌باشد. زیرا بلاد اسلام همه وطن واحد است.

از دیدگاه شافعیه و حنابله وصیت برای کافر حربی و وصیت او برای کسی دیگر اعم از این‌که مستأمن باشد یا در دارالحرب زندگی کند، صحیح است، اما از دیدگاه احناف اگر در دارالحرب زندگی کند وصیت برای او جایز نیست اما اگر مُستأمن باشد جایز است، و از دیدگاه مالکیه به طور مطلق وصیت برای کافر صحیح نمی‌باشد.

قانون با عمل به مذهب شافعی و حنابله وصیت برای کافر حربی را جایز دانسته است مشروط بر این‌که کشور متبوعش با عمل به معامله به مثل به وصیت‌کننده چنین اجازه‌ای را بدهد، وصیت‌های او هم به شرطی که کشور متبوعش اجازه دهد صحیح دانسته و آنچه را که اجازه ندهد باطل خواهد بود.

مستأمن: از دیدگاه احناف حکم مستأمن همانند حکم ذمّی می‌باشد، وصیت برای او، هم‌چنین وصیت او برای مسلمان و ذمی صحیح است. اگر ورثه‌های او همراهش در دار الاسلام زندگی کنند، وصیت او در مازاد بر یک سوم تنها با اجازه‌ی ورثه‌ها نافذ می‌گردد، در غیر این صورت اگر در دارالحرب زندگی کنند، وصیت او در کل دارایی‌اش نافذ است، زیرا ورثه‌هایش به خاطر اختلاف در دین با او هیچ حقی در دارایی‌اش ندارند، و نیز اختلاف دار مانع ارث است.

اما قانون ارث بردن دو شخص از یکدیگر را مشروط به برخورد مشابه با یکدیگر هر چند که در محل زندگی با هم اختلاف هم داشته باشند جایز دانسته است، اما اگر کشور متبوعش مانع شود، صحیح نخواهد بود. بنابراین اصل وصیت‌های او در مازاد بر یک سوم با اجازه ورثه‌ها نافذ نمی‌گردد.

۳. وصیت مرتد[1]:

از دیدگاه مالکیه و شافعیه و حنابله وصیت مرتد در غیر حرام صحیح است؛ زیرا وصیت کافر برای مسلمان صحیح است، مرتد هم جزو کافرین می‌باشد. حرام شرعی مانند استفاده مسلمان از شراب و خوک. اما فقهای مزبور گفته‌اند: وصیت مرتد همانند دیگر تصرفات او از قبیل معاوضه‌ها و تبرعاتش متوقف خواهد بود، زیرا حق دیگران به آن تعلق گرفته است، اگر به اسلام برگردد، وصیت‌هایش نافذ می‌گردد، و در صورتی که بمیرد یا به خاطر ارتدادش کشته

[1]. **مرتد:** به کسی گفته می‌شود که دین اسلام را ترک گفته و به دین دیگری بگرود یا بی‌دین شود. حکم مرتد: از او خواسته می‌شود که توبه کند، اگر نپذیرفت کشته خواهد شد، از دیدگاه احناف زنی که مرتد می‌شود کشته نمی‌شود.

شود، وصیتش باطل است، تا این‌که با قطع پاداش از او بر او سخت گرفته شود، بر خلاف وصیت بیمار زیرا وصیت او نافذ است.

علمای احناف بین زن و مرد مرتد فرق گذاشته و گفته‌اند: وصیت‌های زن همانند همه تصرفاتش، صحیح و نافذ است زیرا زن از دیدگاه آنان به سبب ارتداد کشته نمی‌شود.

اما وصیت مرد مرتد متوقف است، اگر به اسلام برگردد و بر دین اسلام بمیرد برگشت داده می‌شود وصیت‌های او همانند همه تصرفاتش نافذ می‌گردد، و اگر بر ارتدادش بمیرد وصیت‌ها و همه تصرفاتش باطل است.

مطلب چهارم – احکام موصی‌له:

موصی‌له هنگام وصیت یا موجود است، یا این‌که احتمال وجودش ترجیح داده می‌شود مانند حمل، یا این‌که هنگام وصیت معدوم باشد. موجود یا شخصی معمولی یا موردی عمومی است.

در این مطلب حکم موارد عام، حمل، معدوم و جماعت محصور و غیر محصور را توضیح خواهم داد.

۱. حکم وصیت برای موارد عام:

فقها[1] بر جایز بودن وصیت برای موارد عام مانند مساجد، مدارس علمی، بیمارستان‌ها، کتابخانه‌ها، اردوگاه‌ها و غیره اتفاق نظر دارند اعم از این‌که موصی‌به عین باشد مانند کتابخانه، یا منفعت باشد مانند اجاره‌ی مسکن یا محلی تجاری، و اعم از این‌که برای همیشه باشد یا موقت[2].

موصی‌به بر اساس شرایط موصی مصرف می‌شود مشروط بر این‌که با مقاصد شرع مخالف نباشد، در صورتی که موصی شرایطی را برای آن تعیین نکرده باشد، جهت اصلاح، تعمیر، ترمیم و خدمت به امام و مؤذن مسجد هزینه می‌شود، هم‌چنین برای طالبان علم در دوره‌های آموزشی هزینه می‌شود زیرا بر اساس عرف حمل بر آن نیز می‌گردد، متولی مسجد در مهم‌ترین موارد نیاز

---

[1] . البدایع:۳۴۱/۷، الدرالمختار:۴۷۰/۵ و مابعد آن،۴۹۲، الشرح الصغیر:۵۸۱/۴، مغنی المحتاج:۴۲/۳، کشاف القناع:۳۹۸/۴، غایة المنتهی:۳۵۸/۲-۳۵۹.

[2] . اصل مذهب حنفی بر این است که وصیت برای مسجد جایز نیست، زیرا مسجد نمی‌تواند مالک شود،لیکن امام محمدبن حسن آن را جایز دانسته است و فتوی بر اساس گفته‌ی او داده می‌شود.(الدرالمختار:۴۹۲/۵).

با اجتهاد خویش هزینه می‌نماید. زیرا هدف مسلمان از این‌گونه وصیت‌ها با خارج کردن بخشی از دارایی‌اش در راه خداوند تقرب جستن به سوی خداوند است نه به ملکیت کسی در آوردن آن. و طبق قول اصح بر فقرای مسجد هزینه نمی‌گردد.

هم‌چنین وصیت برای اعمال خیر بدون معین کردن جهت مشخصی صحیح است و در این صورت در هر مورد خیریه از قبیل تعمیر وقف شده‌ای و چراغ مسجد می‌توان آن را مصرف نمود، اما برای تزیین مسجد جایز نیست زیرا اسراف می‌باشد.

وصیت فی سبیل الله صحیح است، در این صورت برای نیازهای جهاد و برای کسی که به سفر حج می‌رود جایز است مصرف گردد.

اگر کسی بگوید یک سوم دارایی‌ام را برای خدا وصیت می‌کنم از دیدگاه محمد که مفتی‌به نزد احناف هم می‌باشد، صحیح است و در راه‌های خیر مصرف می‌شود، زیرا هرچند که همه چیز برای خداوند است لیکن با قرینه حال فهمیده می‌شود که مقصود از آن صدقه دادن به خاطر خداوند می‌باشد.

نص قانون مصر ماده ۷و۸) و قانون سوریه ماده (۲۱۳و ۲۱٤) بر وفق احکام مقرر نزد فقها می‌باشد:

ماده (۲۱۳):۱- وصیت برای خدا و برای اعمال نیک بدون تعیین جهت آن، در راه‌های خیر مصرف می‌شود.

۲- وصیت برای مکان‌های عبادت، مؤسسات خیریه و علمیه و دیگر مصالح عمومی: جهت ساخت، تعمیر، فقراء وابسته به آن و دیگر امور آن هزینه می‌گردد مشروط بر این‌که مورد مصرف با عرف و قرینه تعیین نگردد.

ماده (۲۱٤) وصیت برای موردی خیریه که در آینده به وجود خواهد آمد صحیح است، اگر به وجود آمدن آن متعذر باشد، آن وصیت بر نزدیک‌ترین هم‌جنس آن هزینه می‌گردد.

وصیت به حج: به اتفاق فقها وصیت به حج جایز است، زیرا آن هم از موارد خیر می‌باشد.

احناف گفته‌اند: اگر به حج اسلام وصیت کند، مردی با سوار شدن از شهرش در صورتی که نفقه کفایت او را بکند، به جای او حج را انجام می‌دهد، در غیر این صورت به هر صورتی که ممکن باشد به جای او حج می‌کند، زیرا کسی که استطاعت دارد واجب نیست با پای پیاده حج کند، پس بر او واجب می‌گردد به هر صورتی که ممکن باشد به جای او مراسم حج را انجام دهد، هزینه‌ها و امکانات از شهری که او در آن زندگی می‌کند اعتبار می‌گردد لذا هزینه آن

از آن محل در نظر گرفته می‌شود. اگر کسی بگوید: من به جای او به صورت پیاده حج می‌کنم برای کسی‌که به جای او حج انجام داده می‌شود، کفایت نمی‌کند. اگر در مال داده شده نفقه مرکب هم وصیت شده باشد و نائب او با پای پیاده به حج مبادرت کند و آن نفقه را برای خود نگاه دارد، او مخالف و ضامن ان نفقه خواهد بود، زیرا در این صورت پاداش آن نفقه برای وصیت کننده حاصل نشده است.

اگر کسی که به قصد حج به راه افتاده است در راه بمیرد، و وصیت کند که به جای او حج انجام داده شود، کسی به صورت سوار بر مرکب از شهر او سفر حج به جایش شروع می‌کند، و از روی احسان و نیکی از همان محل به نیابت از او سفرش را ادامه می‌دهد مشروط بر این‌که کفایت نماید، در غیر این صورت به هر شکلی که ممکن باشد انجام داده می‌شود.

کسی که وطن نداشته باشد از همان جایی که مرده است کس دیگری به نیابت از او سفر حجش را ادامه می‌دهد.

وصیت به حج مستحب نیز صحیح است، اگر کسی بگوید به جای من با یک سوم دارایی‌ام یا با هزار [درهم یا دینار] حج را انجام دهید، اگر بتوان با آن مال چند بار حج رفت در صورتی که تصریح به یک حج نموده باشد یک بار به جای او حج انجام داده می‌شود و مابقی به ورثه‌ها داده می‌شود و در صورتی که تصریح به یک حج ننموده باشد چند شخص در یک سال به جای او مراسم‌های حج را انجام می‌دهند که این صورت بهتر است یا اینکه در چندین سال انجام داده شود. قول آخر گفته‌ی ابوحنیفه است که حج از صدقه بهتر است.

علمای شافعیه گفته‌اند: هرچند وصیت به حج اسلام نکرده باشد، طبق قول اصح همانند سایر بدهی‌ها بلکه به صورت شایسته‌تر از اصل دارایی او محسوب می‌گردد اگر وصیت کرده باشد که از اصل دارای یا یک سوم آن هزینه شود به وصیت او عمل می‌شود، و در صورتی که یک سوم کفایت نکند بقیه‌ی هزینه از اصل دارایی تهیه می‌شود چنان‌که اگر بگوید: بدهی‌های مرا از یک سوم دارایی‌ام پرداخت کنید و آن یک سوم کفایت نکند. و اگر وصیتش را به صورت مطلق به حج اسلام بیان کند یعنی هزینه‌ی آن را مقید به مجموع دارایی یا یک سوم آن ننماید، در این صورت از اصل دارایی‌اش هزینه می‌شود. و از میقات مخصوص شهرش به نیابت از او حج انجام داده می‌شود، زیرا اگر او هم زنده بود بیشتر از این بر او واجب نمی‌بود. و از مال کسی که به جای او حج انجام داده شده است جز آن‌چه بر او واجب بوده خارج نمی‌شود. اگر وصیت کند که از درآمد خانواده‌اش هزینه حج او پرداخت شود به وصیت او عمل می‌شود. و

اگر وصیت کند که از یک سوم دارایی‌اش هزینه حج او پرداخت شود و یک سوم کفایت نکند از هر جا که ممکن بود پرداخت می‌شود.

طبق گفته‌ی اصح شخص اجنبی می‌تواند با مال خود به جای مرده بدون اجازه‌ی او فریضه حج اعم از تمتع و عمره یا حج نذر را انجام دهد هرچند که قبل از مرگش به دلیل عدم استطاعت حج بر او واجب نبوده باشد.

طبق گفته‌ی اصح وصیت به حج و عمره‌ی مستحب به دلیل جواز نیابت در آن صحیح است؛ زیرا حج جزو عباداتی است که برای انجام واجبِ آن نیابت پذیرفته می‌شود پس حج مستحب هم نیابت می‌پذیرد چنان‌که برای پرداخت زکات هم نیابت جایز است. از محل زندگی یا میقات مرده به نیابت از او احرام برای انجام فریضه حج بسته می‌شود مشروط بر این‌که یک سوم دارایی‌اش کفایت آن را بکند، در غیر این صورت هرگونه که ممکن باشد تهیه می‌شود، و اگر موصی وصیت به حج را مقید به چیزی نکرده باشد طبق قول اصح با حمل بر کمترین درجات آن از میقات شروع می‌شود.

علمای حنابله[1] گفته‌اند: هزینه حج واجب از مجموع دارایی مرده تهیه می‌شود هر چند که به آن وصیت نکرده باشد، چنان‌که علمای شافعیه گفته‌اند. اگر کسی که حج بر او واجب نیست وصیت کند به جای او با هزار [درهم، دینار یا ....] حج مستحب انجام داده شود، به کسی که به صورت پیاده یا سوار به جای او حج کند هزینه سفر از یک سوم دارایی داده می‌شود، وصیّ ، به هر یک از کسانی که به جای او فریضه حج را انجام می‌دهد تا پایان یافتن آن هزار، هزینه سفر را می‌پردازد، زیرا مرده همه آن هزار را در مسیر نیکی وصیت کرده است، این مورد چنان است که اگر فی سبیل الله وصیت می‌کرد. جایز نیست به یکی از آنها بیشتر از نفقه مثل داده شود، زیرا او تصرف آن مال را در عوض انجام حج به صورت مطلق ذکر کرده است پس مانند تعویض در خرید و فروش مقتضی عوضِ مثل است.

چنان‌که آن هزار کفایت حج را ننماید، بقیه آن از دارایی او تهیه می‌شود، زیرا موصی صرف آن در حج را تعیین کرده است، بنابر این به قدر امکان در آن صرف می‌کند.

برای وصیّ جایز نیست که با آن هزار حج انجام دهد، زیرا او تنفیذ کننده است و همانند وکیل گرفتن در دادن صدقه می‌باشد، برای شخص مأمور جایز نیست چیزی از آن را بردارد.

---

[1] . کشاف القناع:۳۹۹/۴ -۴۰۲، غایة المنتهی:۳۵۹/۲.

هم‌چنین برای وارث جایز نیست با آن هزار حج نماید، زیرا ظاهر سخن موصی قرار دادن آن هزار برای شخص دیگری است، اگر موصی یکی از وارثان را تعیین کند که با نفقه به جای او حج کند، جایز است.

در این حالت به نیابت از موصی شروع مراسم حج از میقات با کمترین حالات ممکن کفایت می‌کند، زیرا اصل بر این است که بیشتر از هزینه لازم پرداخت نشود.

اگر بگوید با هزار [درهم یا دینار یا ...] به نیابت از من حج کنید، و آن را مقید به عدد یک ننمود، تنها یک بار به جای او حج انجام داده می‌شود و آنچه اضافه بر هزینه یک حج باقی بماند، برای ورثه‌های او خواهد بود.

و اگر بگوید: با هزار به جای من حج کنید، با عمل به مقتضای وصیت و تنفیذ آن، هزار او به کسی داده می‌شود که یک بار به جای او فریضه حج را انجام دهد. اگر وصیت کننده کسی را در وصیتش تعیین کند و بگوید: فلانی به نیابت از من با هزار [درهم یا دینار یا ...]حج نماید، در این صورت وصیت برای آن شخص می‌باشد، اگر آن شخص حاضر به انجام مراسم حج گردید، قبل از رفتن به سوی حج آن هزار به او داده می‌شود، در صورتی که از انجام حج امتناع ورزد، وصیت در حق او باطل خواهد بود، و شخص دیگری با کمترین هزینه ممکن به جای او حج می‌کند و مابقی برای ورثه‌ها خواهد بود اعم از این‌که آن حج فرض یا نفل باشد. و آن مال جهت احتیاط در آن حفظ آن در ایام حج به او داده می‌شود زیرا برای زمان حج تعیین گریده و قبل از فرارسیدن وقت آن کسی اجازه تصرف در آن را ندارد.

نماینده‌ی موصی می‌تواند به علت بیماری یا عذر دیگری انجام حج را به تأخیر بیندازد.

اگر شخصی بگوید به جای من حج کنید و مالی را برای آن تعیین نکند، به کسی که به نیابت از او حج را انجام دهد هزینه مثل او داده می‌شود، زیرا مطلق ذکر کردن آن مقتضی افزون بر هزینه‌ی مثل نمی‌باشد.

اگر به انجام سه حج توسط سه شخص وصیت نمود، پرداخت هزینه هر سه حج در یک سال جایز است.

اگر آن مالی که به نایب داده شده است در مسیر حج تلف شود، نایب ضامن آن مال نخواهد بود بلکه همانند ودیعه‌ای است که مُودَع ضامن نیست و در حال تلف شدن بر نایب واجب نیست حج را به اتمام برساند.

بر عکس عقیده احناف وصیت به صدقه دادن مال بهتر از وصیت به حج مستحب است، زیرا صدقه مستحب بهتر از حج است.

۲. وصیت برای حمل:

در مبحث‌های گذشته بیان نمودم که وصیت کردن حمل و وصیت چیزی برای حمل جایز است مشروط بر اینکه ثابت شود حمل هنگام وصیت موجود بوده است،[1] وصیت کردن حمل: چنان‌که در زمان گذشته آنچه در شکم جاریه‌اش بوده را برای کسی وصیت کند مشروط بر این‌که از او نبوده باشد، لیکن به شرط این‌که هنگام وصیت علم به وجود حمل در شکم جاریه‌اش داشته باشد، این‌که در مدتی کمتر از شش ماه بعد از وصیت متولد شود، مثال امروزه مانند: وصیت کردن آنچه در شکم اسب یا گوسفند یا شتر است.

وصیت برای حمل: بگوید: یک سوم مالم را برای آنچه در شکم فلانی باشد وصیت می‌کنم، مشروط بر این‌که هنگام وصیت علم به وجود حمل داشته باشد.

فقها اتفاق نظر دارند بر جایز بودن وصیت به عین یا منفعت برای حمل، زیرا وصیت همانند میراث است که بعد از مرگ انتقال می‌یابد، حَمل هم صاحب ارث می‌شود، بنابراین صحیح است که برای او وصیت کرده شود.

شرایط صحت وصیت برای حمل از دیدگاه جمهور فقها غیر از مالکیه:

۱. علم به وجود حمل هنگام وصیت ثابت شود، پس اگر وجود حمل هنگام وصیت ثابت نشود، وصیت باطل خواهد بود، اما علمای مالکیه این شرط را نگرفته‌اند، زیرا از دیدگاه آنان وصیت برای حملی که موجود است یا به وجود خواهد آمد صحیح است.

اطمینان از وجود حمل هنگام وصیت از دیدگاه علمای حنفیه به روش زیر است:

أ. هنگامی که وصیت کننده اقرار به وجود حمل هنگام وصیت بنماید، و مادر آن در مدت زمانی کمتر از دو سال بعد از وصیت آن را بزاید اعم از این‌که آن مادر دارای شوهر باشد یا در عده وفات یا طلاق باشد.

---

[1]. الدرالمختار و ردالمحتار:۴۶۲/۵، تکملة فتح القدیر:۸/ ۴۳۴، الشرح الصغیر:۵۸۱/۴، مغنی المحتاج:۴۰/۳ به بعد، المهذب: ۴۵۱/۱ به بعد، المغنی: ۵۶/۶ به بعد، الکتاب مع اللباب:۱۸۲/۴، الوصیة للمرحوم عیسوی:ص ۷۷.

ب. در صورتی که اقرار به وجود حمل ننماید، شرط گرفته می‌شود آن حمل در مدتی کمتر از شش ماه بعد از وصیت متولد شود هنگامی که مادر آن حمل دارای شوهر باشد در عده طلاق رجعی باشد، زیرا شش ماه کمترین مدت حمل است، اگر در مدت شش ماه یابیشتر متولد شود، وصیت صحیح نخواهد بود.

اگر شوهر آن مادر مرده باشد، شرط گرفته می‌شود آن حمل در مدتی کمتر از دو سال بعد از وفات موصی‌به یا جدایی به صورت زنده متولد شود هنگامی که در عده وفات یا طلاق بائن باشد، به دلیل ثبوت نسب آن کودک، یعنی اگر در طول آن مدت متولد شود نسب او برای پدرش ثابت می‌شود.

اما علمای شافعیه و حنابله در حالت اول با علمای حنفیه هم عقیده هستند، یعنی اگر مادر حمل دارای شوهر باشد، برای صحت وصیت به حمل یا وصیت برای آن شرط گرفته‌اند که در مدت کمتر از شش ماه متولد شود، اما در حالت دوّم که مادر دارای شوهر نباشد، با علمای احناف اختلاف نظر دارند و بر این باورند که اگر بعد از وصیت مدت حمل تا چهار سال طول بکشد، وصیت برای حمل جایز است. در صورتی که بعد از یسشتر از چهار سال در صورت جدایی و بیشتر از شش ماه بعد از وصیت متولد شود، وصیت بر ای آن صحیح نیست زیرا احتمال دارد بعد از وصیت ایجاد شده باشد.

و حاصل این‌که اگر حمل بعد از ایجاد وصیت در مدت زمانی کمتر از شش ماه متولد شود، به اتفاق همه فقها حکم به وجود آن هنگام وصیت کرده می‌شود و از دیدگاه احناف تا دو سال حکم به وجود آن کرده می‌شود و در دو مذهب دیگر تا مدت چهار سال از تاریخ جدایی حکم به وجود حمل کرده می‌شود.

۲. زنده متولد شود و نشانه‌ی زنده بودن از قبیل گریه،فریاد، جیغ کشیدن و دیگر نشانه‌ی طبی به اتفاق علمای مالکیه و شافعیه و حنابله از آن شنیده شود، قانون مصر ماده (۳۵) و سوریه ماده (۲۳۶) به این نظریه عمل می‌کند و از دیدگاه احناف در مدت دو سال متولد شود، و بهره و زواید موصی‌به از روزی که موصی وفات می‌کند نگاه داشته می‌شود تا این‌که موصی‌له به صورت زنده متولد شود به آن برسد.

۳. با آن صفتی که موصی تعیین کرده است متولد شود، اگر وصیت برای حمل شخص معینی بوده باشد، برای صخت وصیت شرط گرفته می‌شود که نسب حمل برای آن شخص معین ثابت شود، این مذهب شافعی است که قانون به آن عمل می‌کند.

تعدد حمل:

اگر زنی بیشتر از یک فرزند را در یک زمان بزاید، یا در دو زمان اما فاصله بین آن دو کمتر از شش ماه باشد وصیت برای هر دو خواهد بود و به طور مساوی بین آنها تقسیم می‌شود مشروط بر این‌که هر دو زنده متولد شوند. و در صورتی که یکی زنده و دیگری مرده متولد شود، وصیت برای حملی خواهد بود که زنده متولد می‌شود. و اگر یکی از آنها بعد از این‌که زنده متولد شد بمیرد، سهم او برای ورثه‌هایش خواهد بود مشروط بر این‌که آن شیء وصیت شده عین باشد مانند مسکن، زیرا با زنده متولد شدن مالک آن گردیده است و اگر منفعت چیزی باشد، آن منفعت به ورثه‌های وصیت‌کننده بر می‌گردد، زیرا وصیت به منافع با مرگ موصی‌لَه خاتمه می‌یابد مشروط بر این‌که شرط دیگری گرفته نشده باشد که در این صورت به آن شرط عمل می‌شود.[1]

اما قانون مصر ماده ۳۵ و سوریه ماده ۲۳۶ در کیفیت تحقق و اطمینان از حمل از قانون مقرر در فقه عدول کرده است:

در حالت اقرار وصیت‌کننده به وجود حمل شرط کرده‌اند که: در مدت یک سال شمسی(۳۶۵ روز) یا کمتر از آن از زمان تاریخ وصیت متولد شود، این شرط با توجه به عمل به رأی محمدبن عبدالحکم مالکی است زیرا او بیشترین مدت حمل را یک سال قمری دانسته است، و با عمل به اقرار و تحقیق اطبا می‌باشد که بر این باورند حمل بیشتر از یک سال شمسی در شکم مادر باقی نمی‌ماند.

در صورتی‌که اقرار به حمل وجود نداشته باشد، شرط کرده‌اند که: آن حمل به صورت زنده متولد شود و در قانون مصر مدت آن حمل (۲۷۰) روز و در قانون سوریه نه ماه یا کمتر بعد از زمان وصیت باشد، و این هنگامی است که مادر دارای شوهر باشد یا در طلاق رجعی باشد، طبق این قانون به مدت غالب که برای حمل معمول است عمل شده است.

و در صورتی که زن در عده وفات یا طلاق بائن باشد شرط کرده‌اند که حمل به صورت زنده در مدت یک سال شمسی(۳۶۵ روز) یا کمتر از آن متولد شود.

۳. وصیت برای معدوم:

جمهور فقها بجز مالکیه بر این باورند که وصیت برای معدوم (آنکه هنگام وصیت موجود نباشد و بعد از وفات موصِی به وجود بیاید) باطل است، زیرا یکی از شرایط موصی‌لَه در

---

[1]. م ۲۳۷ سوریه، م ۳۶ مصر.

صورتی که معین به اسم یا اشاره باشد این است که هنگام وصیت موجود باشد مانند این‌که بگوید: برای خالدچنین چیزی را وصیت می‌کنم، بنابراین، وصیت برای کسی که به وجود خواهد آمد یا برای میت صحیح نمی‌باشد زیرا وصیت تملیک است، و آن برای معدوم صحیح نیست بر خلاف موصی‌به، زیرا موصی‌به به ملکیت در آورده می‌شود پس وجود آن اعتبار نشده است و نیز به این خاطر که وصیت مانند میراث است، و از متوفی جز کسانی که زنده هستند ارث نمی‌بر ند، پس وصیت نیز چنین است.

اگر موصی‌له با صفت معین گردد مانند طلبه‌های علم، شرط گرفته می‌شود که هنگام وصیت موجود باشند.

اما علمای مالکیه وصیت برای معدوم را جایز دانسته‌اند، و آن این‌که موصی برای میتی وصیت کند که هنگام وصیت علم به مرگ او داشته باشد، آنگاه در پرداخت بدهی‌ها و انجام وصیت‌های او هزینه می‌شودو در صورتی که بدهی نداشته باشد برای ورثه‌های او خواهد بود، و اگر وارث نداشته باشد، وصیت باطل خواهد بود و به بیت‌المال هم داده نمی‌شود، قانون مصر و سوریه به این رأی عمل کرده‌اند تا به انتفاع از وصیت عمومیت بخشیده و رغبت‌های وصیت کنندگان در ایصال خیر و نیکی با مردم تحقق بخشیده باشند.

احکام وصیت برای معدوم در قانون:

طبق قانون وصیت برای معدوم صحیح است، مثلاً کسی بگوید: وصیت می‌کنم برای فرزندان فلانی که متولد خواهند شد، هم‌چنین وصیت برای کسانی که موجود و معدوم را در بربگیرد صحیح است، مثلاً بگوید: وصیت می‌کنم برای فرزندان خالد یعنی آنهایی که موجود بوده یا به وجود خواهند آمد.

وصیت برای معدوم به اعیان و منافع صحیح است، و هر کدام در تنفیذ وصیت دارای احکام خاص به خود می‌باشد.

۱). وصیت کردن اعیان برای معدوم در صورتی که شمار آن مشخص باشد:

اگر وصیت کردن اعیانی مانند مسکن یا زمین برای قومی باشد که شمار آنان مشخص باشد مثلاً صد تن یا کمتر باشند، بهره موصی‌به از هنگام وفات موصی برای فرزندان کسانی خواهد

بود که متولد شده‌اند، تا این‌که فرزندان دیگران هم متولد شوند، هنگامی‌که دیگران متولد شوند در بهره‌ی موصی‌به با آنان که پیش‌تر متولد شده‌اند شریک خواهند شد.

هنگامی که برده یا بهره‌ی موصی‌به به ملکیت آنان که برایشان وصیت شده در آمد، آنگاه بر آنان که زنده‌اندوآنان‌که مرده‌اند تقسیم می‌شود، و سهم آنان که مرده‌اند برای ورثه‌هایشان خواهد بود، و بر اثاث قانونِ ارث بینشان تقسیم می‌شود.[1]

اما در صورتی که هنگام وفات موصِی یکی از مستحقین موجود نباشد، بهره‌ی موصی‌به برای ورثه‌های موصِی خواهد بود. و اگر امیدی به وجود آمدن یکی از مستحقین نباشد، مثل این‌که آن شخصی که برای فرزندان او وصیت شده است خود بمیرد در حالی که هیچ فرزندی نداشته باشد، آنگاه عین موصی‌به برای ورثه‌های موصی در خواهد آمد.[2]

۲). وصیت کردن منفعت و بهره‌ی چیزی برای کسانی که معدوم بوده و قابل شمارش باشند:

اما اگر وصیت به منفعت برای آنان باشد، ملکیت عبد در همه حال برای ورثه‌های موصِی خواهد بود و آنان که برایشان وصیت شده است تنها از منافع آن بهره‌مند خواهند شد.

اگر هنگام وفات موصِی یکی از آنان‌که برایشان وصیت شده است موجود باشد یا بعد از وفات موصِی به وجود بیاید مستحق تمام بهره و منافع موصی‌به خواهد بود، در صورتی‌که بعد از او یکی دیگر هم به وجود بیاید در منافعی که از آن زمان به بعد ایجاد شود شریک خواهد شد، چنین است حکم کسانی که در آینده به وجود بیایند.

و در صورتی که هیچ یک از آنان که برایشان وصیت شده است به وجود نیاید، بهره‌ی موصی‌به برای ورثه‌های موصِی خواهد بود.[3]

اگر بعضی از آنان که برایشان وصیت شده بمیرند و بعضی باقی بمانند، بهره‌ی موصی‌به برای آنان خواهد بود که باقی می‌مانند مشروط بر این‌که در وصیت قید دیگری که غیر از این

---

[1] .فقره۲ از ماده ۲۳۱ سوریه.

[2] . فقره ۱ از ماده ۲۳۱ سوریه.

[3] .فقره ۳ از ماده ۲۳۱ سوریه.

مطلب را برساند وجود نداشته باشد، مثل این‌که موصِی به برگشت سهم آنان که بمیرند به ورثه‌های خود تصریح کرده باشد.[1]

۳) . وصیت کردن بهره و منافع برای طبقات:

قانون مصر ماده (۲۹) وصیت کردن منافع برای دو طبقه نخست از فرزندان موصی‌له را جایز دانسته و نسبت به مازاد بر دو طبقه را باطل می‌داند، قانون در حالت جواز به مذهب مالکی عمل کرده و در حالت بطلان به رأی ابن ابی لیلی -که مطلقاً وصیت کردن منافع را ممنوع می‌داند- اعتماد کرده است.

و قانون سوریه ماده (۱/۲۳۲) وصیت را برای یک طبقه منحصر کرده است، تا این‌که وصیت به وقف اهلی [فرزندان موصی‌له برای همیشه] تبدیل نشود زیرا این مورد طبق قانون باطل است، هنگامی که طبقه اوّل از فرزندان فلانی که برای آنان وصیت شده است منقرض شوند، عین موصی‌به به ترکه‌ی موصی برمی‌گردد، مگر این‌که کل یا بعضی از آن را برای غیر آنان وصیت کرده باشد.[2]

سبب تنفر قانون از استمرار وصیت برای طبقات عبارت است از ضعیف شدن سهم‌ها برای فرزندان آن نسل در صورتی که افزایش یابند، و سبب می‌شود عین آن چیزی که بهره‌ی آن وصیت شده است بر اثر بی‌توجهی و نزاع بین مستحقین خراب شده و از بین برود.

قانون مصر در ماده‌ی مزبور تصریح کرده است که اگر وصیت برای چند طبقه به ترتیب باشد، مثلاً وصیت برای فرزندان عامر سپس بعد از آنان برای فرزندان آنان، در این صورت طبق تصریح موصِی بهره‌ی موصی‌به برای طبقه اول خواهد بود، در غیر این صورت طبق تعداد آنان تقسیم شده و در صورت انقراض آنان به طبقه دوّم داده می‌شود.

اگر در وصیت طبقات به ترتیب نام برده نشده باشند، آنگاه طبق تصریح موصِی بهره‌ی موصی‌به به آنان که موجود هستند از هر دو طبقه داده می‌شود، اگر تصریحی از موصِی نشده باشد بر تعداد آنان تقسیم شده، و در صورت انقراض منافع آن به ورثه‌های موصی داده می‌شود.

٤) وصیت برای جماعتی که قابل شمارش هستند:

فقها بر صحت وصیت برای قومی که شمارشان مشخص است اتفاق نظر دارند، اعم از این‌که با اسم مشخص باشند مانند احمد و خالد و علی یا به اشاره مشخص شود مانند وصیت

---

[1] . ماده ۳۸ مصر.

[2] .الوصیة لعیسوی: ص ۷۶-۷۴، الوصیة للدکتور مصطفی السباعی:ص ۱۱۷.

برای این جمع، یا با صفت مشخص شوند مانند وصیت برای طلاب علم از فرزندان فلانـی، یـا بیماران خانواده فلانی، یا با جنس مشخص شوند مانند فرزندان ذکور فلانی که قابـل شـمارش باشند.

نخست – اگر وصیت برای کسانی باشد که به اسم معین باشند، طبق تصریح موصِی بر آنان تقسیم می‌شود، اگر تصریحی نشده باشد، بر تعداد آنان به صورت مساوی تقسیم می‌شود.[1] و اگر یکی از آنان بعد از استحقاق بمیرد، در صورتی که موصی‌بـه عـین باشـد سـهم متـوفی بـرای ورثه‌هایش خواهد بود، و در صورتی که منافع باشد برای باقی‌ماندگان خواهد بود کـه برایشـان وصیت شده است، زیرا از دیدگاه احناف منافع ارث برده نمی‌شود.

اگر وصیت برای بعضی از معینین مثلاً با مرگ او باطل شود، طبق نظریه مقرر نـزد احنـاف اگر کسی در وصیت داخل شود سپس به خاطر فقدان شرط یا زوال اهلیت خارج شود، سهم او برای ورثه‌های موصِی خواهد بود. و در صورتی که اصلاً در وصیت داخل نشده باشد سـهم او بر باقی‌ماندگانی که برایشان وصیت شده است تقسیم می‌شود.

اگر موصی‌لَه با اسم یا اشاره مشخص باشد، وقت داخل شـدن در وصـیت هنگـام ایجـاد وصیت تعیین می‌گردد و اگر با وصـف یا جنس مشخص شده باشد، زمان تعیین وفـات موصِـی خواهد بود.

لیکن قانون مصر ماده (۳۳) در حال بطلان وصیت به مـذهب شـافعی عمـل مـی‌کنـد، در صورت معین بودن موصی‌له اگر هنگام وفات موصی، موصی‌لَه اهلیت وصیت را نداشـته باشـد، موصی‌به جزو ترکه‌ی موصی در خواهد آمد اعم از این‌که بعد از صحت ایجاب، موصی وفـات کرده باشد، یا این‌که ایجاب برای او از اول الامر صحت نیافته باشد.

دوّم: اگر وصیت برای تعدادی با وصف یا جنس معین باشد، در این صـورت موصـی‌بـه طبق تصریح موصِی بر آنان تقسیم می‌شود. در غیر این صورت بر عدد رؤوس تقسیم می‌شود.

و اگر یکی از آنان بعد از استحقاق وصیت بمیرد، موصی‌به اگر عین باشـد جـزو ترکـه‌ی موصی‌خواهد بود. و اگر منفعت باشد از دیدگاه احناف برای باقی وصیت شدگان خواهـد بـود، زیرا از دیدگاه احناف منافع به ارث برده نمی‌شود، چنان که در حالت اوّل بیان شد.

[1] . الوصیة للاستاذ عیسوی

و آن‌گاه وصیت برای بعضی از افراد موصی‌له بر اثر مرگ یا سببی دیگر یا رد وصیت بعد از مرگ موصِی باطل شود بر باقی ماندگان تقسیم می‌شود، این مورد در قانون مقرر مصر ماده (۳۱) و قانون سوریه ماده (۲۳٤) تصویب شده است.

کیفیت تقسیم وصیت مشترک:

وصیت مشترک این است که: موصی‌لَه مجموعه‌ای مشترک از معین و جماعتی قابل شمارش و جماعتی دیگر غیر محصور و موردی عمومی باشد، مانند این‌که یک سوم دارایی‌اش را برای خالد، چهار فرزند او، فقرا و یک بیمارستان وصیت کند.

قانون وصیت کشور مصر در ماده (۳۲) و قانون کشور سوریه در ماده (۲۳۵) به کیفیت توزیع یک سوم که وصیت شده این‌گونه تصریح کرده است که: مال وصیت شده در این صورت به هفت سهم تقسیم می‌شود؛ برای هر یک از افراد معین یک سهم، برای هر یک از افراد جماعت محصور یک سهم، و برای جماعت غیر محصور یک سهم و برای مورد عمومی هم سهمی در نظر گرفته می‌شود، بنابراین یک سهم به خالد داده می‌شود، به هر یک از فرزندان او که جماعت معین و محصور هستند یک سهم، به فقرا یک سهم و یک سهم هم به بیمارستان داده می‌شود، با این تقسیم با عمل به نظر ابوحنیفه و ابویوسف لفظ فقرا را مانند یک شخص در نظر گرفته است.[1]

و شافعی[2] گفته است: اگر کسی مالی که برای زید و فقرا وصیت کند، قول اصح بر این است که زید هم مانند یکی از فقرا محسوب می‌شود و به او کمترین چیزی که بتوان آن را مال نامید داده می‌شود.

علمای حنابله[3] گفته‌اند: اگر کسی مالی که برای زید و فقرا وصیت کند، بین زید و فقرا به صورت دو قسمت تقسیم می‌شود، نصفی به زید و نصف دیگر به فقرا داده می‌شود.

این تقسیم در صورتی است که فرزندان خالد هنگام وفات موصی چهار تن باشند، در صورتی که بعد از وصیت فرزند پنجمی هم برای او متولد شود، طبق قانون به مبنای وصیتی که

---

[1]. محمد گفته است: برای فقر ا دو سهم در نظر گرفته می‌شود (الدرالمختار:۴۷۷/۵، البدایع: ۳۴۳/۷ و منشأ اختلاف آیا لفظ فقرا بر یکی صادق می‌آید یا این‌که باید حتماً دو تن باشند.

[2]. مغنی المحتاج:۶۲/۳.

[3]. کشاف القناع: ۴۰۶/۴.

شامل معدوم و موجود می‌آید، عمل می‌شود (م ۲۳۱ سوریه) این حکم برگرفته از مذهب مالکی می‌باشد، بنابراین موصی‌به به هشت سهم تقسیم می‌شود، به این ترتیب سهم‌های تقسیم شده افزایش می‌یابد، تا این‌که از به وجود آمدن فرزندان دیگر ناامید شوند، پس به خالد یک سهم، و به هر یک از فرزندان او یک سهم، و به فقرا یک سهم و به بیمارستان هم یک سهم داده می‌شود.

۵) . وصیت برای جماعت غیر محصور[غیر قابل شمارش]:

در این مورد رأی هر مذهب را جداگانه توضیح خواهم داد:

نظریه احناف:[1] شرط گرفته می‌شود که موصی‌له معلوم باشد، پس وصیت برای مجهول باطل است، زیرا وصیت تملیک [به ملکیت کسی در آوردن] هنگام مرگ موصِی است، پس باید موصی‌لَه آن وقت معلوم باشد تا این ملک برای او واقع شود و تسلیم موصی‌به به او ممکن باشد.

بنابراین وصیت کردن یک سوم مالش برای مسلمانان صحیح نیست، زیرا شمار مسلمانان مشخص نیست، مگر این‌که در گفتار موصِی چیزی باشد که خبر از نیاز موصی‌لَه دهد، مانند این‌که یک سوم مالش را برای فقرا، مساکین، ایتام و غیره وصیت کند، زیرا وصیت در این موقع صدقه وقربت الی الله خواهد بود، خداوند پاک و منزه یکی و معلوم است، آنگاه صدقه برای خداوند واقع می‌شود سپس فقرا با تملیک خداوند برایشان مالک آن می‌گردند هر چند که غیر مضبوط باشند.

جماعت غیر مضبوط از دیدگاه محمد از علمای احناف که به آن فتوی داده شده و در دادگاه‌های شرعی به آن عمل می‌شود آن است که بیشتر از صد تن باشند، اگر صد تن یا کمتر باشند، مضبوط و معین خواهند بود.

مورد مصرف وصیت در جماعت غیر مضبوط کسانی هستند که از میان آنان نیازمند باشند، لازم نیست به همه آنها داده شود، و عمومیت بخشیدن به همه و مساوات بین آنان در بخشش لازم نیست بلکه طبق اجتهاد اجرا کننده‌ی وصیت تقسیم می‌شود.

در صورتی که وصیت برای کسانی باشد که قابل شمارش نباشد، بر نیازمندان آن قوم تقسیم می‌شود، و ملکیت آن با قبض کردن برای آنان ثابت می‌شود.

---

[1] .البدایع: ۳۴۳/۷.

اگر وصیت به منافع باشد به وقف تبدیل می‌شود و بهره‌ی آن بر کسانی که دارای آن صفت باشند تقسیم می‌شود.

نظریه علمای مالکیه[1]: وصیت برای گروهی غیر معین مانند فقرا صحیح است، با توجه به عرف لفظ فقرا شامل مساکین می‌شود هم‌چنین لفظ مساکین شامل فقرا می‌آید، یعنی فقیر و مسکین هنگامی که جداگانه ذکر شوند در حکم یکی و هنگامی که با هم ذکر شوند از هم جدا خواهند بود، پس فقیر و مسکین دو لفظ غیر مترادف هستند، این نیز نظریه امامان دیگر است.

نظریه علمای شافعی و حنابله:[2] وصیت برای غیر معین صحیح است، مانند این‌که کسی برای موردی عمومی از جمله فقرا یا غیر مضبوط مانند قبیله بنی‌هاشم یا بنی‌مطلب وصیت کند. از دیدگاه علمای شافعیه اقتصار بر سه تن از آنان جایز بوده و رعایت مساوات هم واجب نیست و از دیدگاه حنابله اقتصار بر یک تن هم جایز است.

همه اتفاق نظر دارند بر این‌که وصیت برای غیر معین بدون نیاز به قبول واجب می‌گردد.

و خلاصه این‌که: علمای احناف وصیت برای قوم غیر مضبوط مشروط بر این‌که در لفظ وصیت چیزی باشد که خبر از نیاز موصی‌له دهد را جایز دانسته‌اند. اما جمهور فقها مطلقا آن را جایز می‌دانند.

قانون وصیت کشور مصر ماده(۳۰) و کشور سوریه ماده (۱/۲۳۳) در وصیت برای جماعت غیر مضبوط از مذهب ابوحنیفه عدول کرده و آن را جایز دانسته است هر چند که در لفظ وصیت چیزی نباشد که خبر از نیاز کسانی دهد که برایشان وصیت کرده می‌شود، زیرا معنی قربت در هر صورت در وصیت وجود دارد اعم از این‌که موصِی به آن تصریح کرده باشد یا نه. و در انتهای ماده به نظریه‌ای که همه بر آن اتفاق کرده‌اند، عمل کرده است، زیرا این‌گونه تصریح کرده است که: قضیه تقسیم وصیت به کسی واگذار می‌شود که امر تنفیذ وصیت به عهده‌ی او می‌باشد بدون تقید به تعمیم یا مساوات.

---

[1] . الشرح الکبیر:۴/ ۴۳۲، الشرح الصغیر:۴/ ۵۹۱.

[2] . مغنی المحتاج:۳/۶۲-۶۱.

در وصیت برای مردمی مخصوص چه کسانی مقصودِ برخی الفاظ هستند:

فقها عباراتی را که در وصیت‌ها وارد کرده که متعلق به کسانی است که برایشان وصیت کرده می‌شود. از دیدگاه آنان مقصود از این الفاظ چیست؟[1]

جیران (همسایه): کسی که برای همسایه‌های خود وصیت کند؛ از دیدگاه ابوحنیفه همسایه به کسانی گفته می‌شود که متصل به او باشند، زیرا جوار (همسایگی) عبارت از نزدیکی است همسایه واقعی کسی است که منزلش به منزلت چپیده باشد. و غیر آن نسبتاً دور هستند. و دو شاگرد ابوحنیفه گفته‌اند: همسایه‌ها کسانی هستند که متصل به موصِی بوده و غیر از آنها کسانی که در محله‌ی او زندگی می‌کنند و در یک مسجد گرد می‌آیند. از دیدگاه علمای احناف گفته‌ی امام ابوحنیفه قول صحیح است.

علمای مالکیه گفته‌اند: همسایه شامل همسایه‌های متصل از شش جهت (چهارطرف و بالا و پایین) و همسایه‌های روبرو اگر بینشان خیابان کوچکی باشد.

علمای شافعیه و حنابله گفته‌اند: همسایه از هر طرف چهل خانوار را در بر می‌گیرد، به دلیل گفته‌ی پیامبرﷺ که فرمود: ((الجار: اَربَعُونَ داراً هکـذا هکـذا و هکـذا)):[2] همسایه چهل خانوار است از هر طرف. وصیت بر تعداد خانوارها تقسیم می‌شود نه بر تعداد ساکنان آن، و از دیدگاه حنابله تنها کسانی داخل در وصیت هستند که هنگام وصیت موجود باشند، همسایه‌هایی که در فاصله بین وصیت و مرگ موصِی ایجاد می‌شوند، هم‌چنین کسانی که در هنگام تنفیذ وصیت به وجود بیایند،استحقاق وصیت را ندارند.

همسایه‌های مسجد از دیدگاه حنابله و در قولی از دیدگاه شافعیه کسانی هستند که: صدای اذان را بشنوند، به دلیل حدیث پیامبرﷺ ((لا صلاةَ لِجارِ المَسجِدِ إلاّ فِی المَسجِدِ))[3] نماز همسایه مسجد جز در مسجد جایز نیست. هنگامی که صحابی نابینا از پیامبرﷺ اجازه خواست که در نماز جماعت شرکت نکند، پیامبر از او پرسید: ((آیا صدای اذان را می‌شنوی؟ گفت: آری،

---

[1]. الکتاب مع اللباب:۴/۱۸۰-۱۷۹، الشرح الصغیر:۴/۵۹۲-۵۹۱، مغنی المحتاج:۳/۶۴-۵۸، کشاف القناع:۴/۴۰۴-۳۹۸، المهذب: ۱/۴۵۵ به بعد.

[2]. به روایت احمد

[3]. این حدیث ضعیف است که دار قطنی از جابر و ابوهریره روایت کرده است.

پیامبرﷺ فرمود: پس جواب اذان را بده)).[1] قول راجح نزد شافعی این است که همسایه مسجد همانند همسایه منزل است در موردی که برای همسایه مسجد وصیت کرده شود.

اصهار و اَختان (دامادها): اگر کسی چیزی را برای دامادهایش وصیت کند: وصیت در عرف گذشتگان برای هر ذی رحم مَحرَم از جانب همسر می‌باشد مانند پدر، عموها، دایی‌ها و خواهرهایش. اما در عرف ما تنها مختص پدر و مادرش می‌باشد. برخی اولی را قطعی دانسته‌اند، آنچه که مورد تأیید من است عرف می‌باشد.

خَتَن[داماد]: شوهر هر صاحب رحمی از محارم انسان است، از قبیل شوهر دختر، شوهر خواهر، شوهر عمه و شوهر خاله‌ی انسان.

مشهور در منطقه شام این بود که صَهر بر پدر همسر اطلاق می‌شد، و خَتَن بر شوهر دختر، اما امروزه صَهر بر شوهر دختر اطلاق می‌شود و با کلمه‌ی خَتَن مرادف است.

اقارب و ارحام: اگر کسی برای اقربا و ارحام خود وصیت کند؛ از دیدگاه ابوحنیفه برای فامیل نزدیک سپس نزدیک از میان صاحب رحم مَحرَم خواهد بود اعم از اینکه این فامیل نزدیک، کافر، مسلمان، کوچک یا بزرگ باشد، و والدین و فرزندان در مفهوم اقارب و ارحام داخل نیستند زیرا آنان اقارب نامیده نمی‌شوند،کسی که پدرش را قریب و فامیل خویش بنامد در واقع او را نافرمانی کرده است، زیرا قریب به کسی گفته می‌شود که بوسیله دیگری نزدیک شده باشد، در حالی که نزدیک شدن والدین و فرزندان خود به خود و بدون واسطه است نه به واسطه دیگری. در این صورت وصیت برای دو تن و بیشتر خواهد بود زیرا با لفظ جمع اقارِب یا ارحام ذکر کرده است و کمترین تعداد یک جمع در وصیت دو تن هستند چنان که در میراث نیز این گونه است.

و خلاصه این‌که مقصود از اقرب کسی است که دارای چهار شرط باشد: مستحق دو تن یا بیشتر باشند، و مستحق به وصیت کننده نزدیک باشد طوری که کسی پیدا نشود که او را محجوب کند، و صاحب رحم محرم برای موصِی باشد و از موصِی ارث نبرد.

و علمای مالکیه گفته‌اند: وصیت برای اهل و ارحام به نزدیکان پدری موصِی غیر از کسانی که از او ارث می‌برند اختصاص می‌یابد، اگر وجود داشته باشند، زیرا وصیت مشابه ارث است از لحاظ این‌که عصبه‌ها بر ذوی الارحام مقدم هستند. در صورتی که موصِی نزدیکانی غیر

---

[1] . به روایت مسلم.

وارث از جهت پدری نداشته باشد، نزدیکان مادرش مانند پدر، عموی پدری، عموی مادری، برادر و فرزند عمه‌اش در وصیت او داخل می‌شوند، از میان آنان کسی که نیازمندتر است بر نیازمند دریگر مقدم داشته می‌شود، در صورتی که همه در نیاز مساوی باشند به صورت مساوی بیشان تقسیم می‌گردد.

اگر کسی بگوید: برای اقارب فلانی وصیت کردم شامل ورثه‌ها و غیره ورثه می‌شود.

علمای شافعیه گفته‌اند: اگر کسی برای اقارب زید وصیت کند، با عمل به عمومیت لفظ همه فامیل‌های او اعم از نزدیک و دور، مسلمان و کافر، ثروتمند و فقیر داخل وصیت خواهند بود غیر از پدر و مادر و فرزندان بدون واسطه‌ی آنان که طبق قول اصح داخل نیستند، چنان که علمای احناف گفته‌اند، زیرا آنان طبق عرف اقارب نامیده نمی‌شوند اما پدر بزرگ‌ها و مادربزرگ‌ها و نوه‌ها در آن داخل خواهند بود.

اگر وصیت کننده‌عرب باشد طبق قول اصح در وصیت برای اقارب، نزدیکان مادری داخل نخواهند بود، زیرا آنان به نزدیکان مادری افتخار نکرده و آنها را قرابت خویش نمی‌نامند. اما گفته‌ی مورد اعتماد چنان‌که علمای احناف گفته‌اند این قر ابت‌ها او در وصیت داخل هستند.

قول اصح این است که پسر بر پدر مقدیم داشته می‌شود، و برادر بر پدر بزرگ، زیرا آنها هم از جهت ارث و هم از جهت تعصیب قوی‌تر هستند. و با مذکور بودن و وارث بودن ترجیح داده نمی‌شوند، بلکه پدر و مادر و پسر و دختر مساوی خواهند بود، و پسرِ دختر بر پسرِ پسر مقدم است.

اگر کسی برای نزدیکان خود وصیت کند، بر اساس قول اصح ورثه‌های او داخل نخواهند بود، چنان‌که علمای مالکیه گفته‌اند، زیرا با عمل به عرف شرح برای وارث وصیت کرده نمی‌شود، پس به باقی ماندگان دیگر اختصاص پیدا می‌کند.

مذهب حنابله همانند مذهب شافعیه است جز این‌که آنان گفته‌اند: در وصیت برای قرابت یا اهل قرابت کفار داخل نیستند،وصیت تنها برای مسلمانان خواهد بود، و چیزی برای کفار نیست، به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿ يُوصِيكُمُ اللّـهُ فِـي أَوْلَادِكُـمْ لِلـذَّكَرِ مِثْـلُ حَـظِّ الأُنثَيَـيْنِ﴾ ((خداوند درباره (ارث بردن) فرزندانتان (و پدران و مادرانتان) به شما فرمان می دهد و بر شما واجب می‌گرداند که (چون مُردید و دخترانی و پسرانی از خود به جای گذاشتید) بهره یک مرد به اندازه بهره دو زن است.)) [نساء:۱۱] می‌بینیم اگر میت مسلمان باشد کفار را در وصیت او داخل نکرده است، هنگامی که در وصیت خداوند داخل نشده باشند با این‌که لفظ آن عام است،

در وصیت مسلمان هم داخل نیستند، و به دلیل این‌که از ظاهر حال او نمایان می‌شود که قصدش کفار نبوده است، زیرا بین او و کفار دشمنی دینی وجود دارد، و عدم ارتباط آنان با یکدیگر مانع ارث بردن از یکدیگر و وجوب نفقه بر فقیر آنان است.

اهل: هنگامی که برای اهل خود وصیت کند، ابوحنیفه اهل را مختص به همسر می‌داند، زیرا معنی واقعی اهل همسر است،خداوند می‌فرماید: ﴿ وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ ((و همراه خانواده‌اش حرکت کرد)) [قصص:۲۹] . ﴿ فَقَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا﴾ ((و به خانواده خود گفت: اندکی توقف کنید)). [طه: ۱۰] عرف هم این گفته‌ی ابوحنیفه را تأیید می‌کند. و دو شاگرد ابوحنیفه گفته‌اند: اهل شامل همه کسانی است که نفقه‌شان بر او واجب است جز خدمت‌کار، زیرا در لغت اهل برای اقربه‌ها و عشیره انسان استعمال می‌شود. خداوند می‌فرماید: ﴿ فَأَنجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلاَّ امْرَأَتَهُ﴾ ((پس ما لوط و مؤمنان بدو و خانواده او را نجات دادیم ، مگر همسرش را)) . [نمل: ۵۷] شایسته‌تر این است که اعتماد بر عرف شود.

آل بیت او: اگر کسی برای آل بیت خود وصیت کند؛ شامل قبیله‌ی او است، زیرا آل به قبیله‌ای گفته می‌شود که انسان منتسب به آن است، و همه اجداد او که از او ارث نمی‌برند تا دورترین جد در اسلام را در برمی‌گیرد جز پدر اوّل که اصل است و آل بیت او محسوب نمی‌شود. و فرزندان دخترانش و فرزندان خواهرها و قرابت مادری در این کلمه داخل نیستند. زیرا فرزند به پدرش نسبت داده می‌شود نه به مادرش.

اهل جنس او : اگر کسی برای همجنس خود وصیت کند شامل اهل بیت پدرش است، زیرا مراد از جنسِ مثل او نسب است و نسب به سوی پدر می‌باشد.

العلویون: اگر کسی برای علویون یعنی فرزندان علی وصیت کند، از دیدگاه احناف وصیت او صحیح نیست زیرا علویون قابل شمارش نیستند و در این کلمه چیزی که خبر از حاجت و نیاز دهد وجود ندارد.

و علمای شافعیه گفته‌اند: در این صورت وصیت صحیح است و همانند وصیت برای فقرا و مساکین بر سه تن از آنان تقسیم می‌شود. وهم‌چنین وصیت برای هر جمع معین غیر مضبوط نافذ می‌گردد و بر سه تن از آنان تقسیم می‌گردد.

و علمای حنابله گفته‌اند: مستحب است تعمیم آن تعدادی از آنان که ممکن باشد.

فی سبیل الله: مشهور آن است که در وصیت فی سبیل‌الله به مجاهدان و حجاج بیت الله الحرام اختصاص داده می‌شود.

العلماء: علمای شافعیه گفته‌اند: در وصیت مقصود از علما علمای علوم شرع از قبیل تفسیر، حدیث، فقه، اصول وفقه و علمای دیگری از این قبیل است و قاری، ادیب،معبر خواب، طبیب، مهندس، حسابدار و مشابه آنها جزو علمای شرع نیستند، هم‌چنین از دیدگاه بسیاری از علما، علمای علم کلام در علمای شرع داخل نیستند، زیرا اهل عرف آنان را جزو علمای علوم شرعی نمی‌شمارند. از دیدگاه علمای شافعیه برای تنفیذ وصیت دادن مال وصیت شده به سه تن از آنان کافی است.

مراحل انسان: مراهق: به کودکی گفته می‌شود که که به سن بلوغ نزدیک شده باشد، در قاموس آمده است ((راهق الغلام))یعنی کودک به سن بلوغ نزدیک شده است، کسی که به سن بلوغ نزدیک شده است. و مقصود از طفل: کسی است که به سن تمییز نرسیده باشد.

صبی ، غلام و یافع: به کسی گفته می‌شود که بالغ نشده باشد. هم‌چنین است یتیم، اگرکسی برای ایتام بنی فلان چیزی را وصیت کند، یتیمی که قبل از رسیدن به سن بلوغ پدرش مرده باشد در وصیت او داخل است اعم از این‌که ثروتمند یا فقیر باشد مذکر یا مؤنث مشروط بر این‌که از دیدگاه احناف عدد آنان مشخص باشد.

شاب و فتی: بعد از سن بلوغ تا سن سی سالگی.

الکهل: از سی سال تا پنجاه سالگی.**الشیخ:** از پنجاه سال تا هفتاد سالگی. سپس هرم تا آخر عمر .

مطلب پنجم– احکام موصی‌به:

در بیان شروط موصی‌به دانستیم که: موصی‌به یا مال باشد یا چیزی وابسته و متعلق به مال باشد، زیرا وصیت ایجاب ملک یا ایجاب چیزی است که متعلق به ملک می‌باشد از قبیل بیع و هبه و صدقه است.

در این مبحث موضوع حکم وصیت کردن چیزی معین یا جزئی شایع، اختصاص وصیت به معدوم یا چیزی که توانایی تسلیم آن را نداشته باشد، وصیت به مجهول، وصیت به منافع، وصیت به تصرف در عین، وصیت به حقوق، وصیت به تقسیم ترکه، وصیت به شهریه‌ها، افزودن در موصی‌به، اختصاص پیدا می‌کند.

۱ . وصیت کردن چیزی معین یا جزئی پراکنده و حکم هلاک شدن موصی‌به

وصیت کردن سهم مشاع (پراکنده) و سهم تقسیم شده‌ی معین صحیح است، زیرا این‌گونه وصیت تملیک بخشی از دارایی اوست، لذا در سهم مشاع و مقسوم همانند بیع آن صحیح است. سهم معین آن است که به خودی خود معین باشد یا نوعی از مال باشد.

بیان احکام وصیت کردنِ سهم معین و مشاع و در صورت هلاک شدن موصی‌به یا ملک شخص دیگری بودنِ آن، چه احکامی بر آن اجرا می‌شود در قانون کشور مصر ماده (۴۷-۴۹) و قانون کشور سوریه ماده (۲۴۳-۲۴۵) بیان شده است که غالب آن از مذهب ابوحنیفه گرفته شده است.

أ. اگر عین چیزی را وصیت کند، مانند این‌که مسکن شخصی خود در فلان شهر را برای کسی وصیت کند، وصیت به خودِ آن مسکن تعلق می‌گیرد. در صورتی که از بین برود یا شخصی دیگر مالک واقعی آن باشد یا در حیات موصی از ملکیت او خارج شود، وصیت باطل می‌شود، زیرا محل وصیت از بین رفته است.

و اگر موصی بمیرد در حالی که آن چیز در ملکیت او باشد، جمیع آن برای موصی‌له خواهد بود، مشروط بر این‌که از یک سوم دارایی موصی بیشتر نباشد، اگر همه آن از یک سوم دارایی او خارج نشود، تنهاآنچه از یک سوم خارج شود برای او خواهد بود.

اگر حق خاصی به آن تعلق گیرد - مانند حق مرتهن - و او بدهی‌اش را از آن برداشت نماید، موصی‌له می‌تواند قیمت آن را از ترکه‌ی میت بگیرد.

ب. اگر نوعی از دارایی‌اش را مانند گوسفندها، اسب‌ها یا مسکن‌هایش وصیت کند، سپس هلاک شود یا ملک غیر باشد وصیت او باطل خواهد بود، زیرا هنگام وصیت کردن، وصیتِ او متعلق به نوع مشخصی از دارایی‌اش بوده و آن هم از بین رفته است، بنابراین به خاطر از بین رفتن محل وصیت، وصیت هم باطل می‌شود.

ج . اگر جزئی پراکنده از میان نوعِ معنی را وصیت کند، مانند وصیت کردن نصف مسکن معین، وصیت به آن جزء از آن شیء معین تعلق می‌گیرد، در صورتی که همه از بین برود یا ملک دیگری باشد وصیت باطل می‌شود و در صورتی که بعضی از آن از بین برود یا ملک غیر باشد، مابقی را مشروط بر اینکه از یک سوم دارایی موصی خارج شود دریافت می‌کند و در غیر این صورت آن مقداری که از یک سوم دارایی خارج شود دریافت می‌کند.

د . اگر جزئی پراکنده در نوعی معین از مالش را وصیت کند، مانند این‌که یک چهارم گوسفندهایش یا نصف مسکنش را وصیت کند، وصیت به آن‌چه که هنگام ایجاد وصیت موجود بوده تعلق می‌گیرد، پس در صورتی که همه یا بخشی از آن از بین برود یا مال غیر باشد در حال وصیت به نصف، نصف باقی را دریافت می‌دارد مشروط بر این‌که از یک سوم خارج شود و در غیر این صورت به مقدار یک سوم دریافت می‌دارد.

از نظر قانون هم وصیت به تعداد مشخصی مانند پنج اسب از میان اسب‌هایش همانند وصیت به سهمی پراکنده در دارایی است، در صورتی که بخشی از آن هلاک شود پنج تای باقی مانده برای او خواهد بود، قانون در این مورد به رأی ابن ماجشون از علمای مالکیه عمل کرده است. اما علمای حنفیه گفته‌اند: اگر جز آن پنج عددی که وصیت کرده بقیه هلاک شوند، موصی‌له آن تعداد را دریافت می‌دارد مشروط بر این‌که از یک سوم دارایی موصی خارج شود.

۲ . وصیت کردن شیء معدوم یا چیزی که نتوان آن را تسلیم نمود:[1]

از دیدگاه جمهور فقها غیر از احناف وصیت کردن معدوم صحیح است مانند این‌که کسی آنچه را که جاریه‌اش به آن حامله گردد یا میوه‌ای که بر درختش بروید، زیرا می‌توان با عقد سلم یا مساقات مالک معدوم گردید، لذا جایز است با وصیت هم مالک آن گردید، و به خاطر این‌که احتمال آن وجود دارد که در وصیت نوعی فریب باشد لذا جهت آسان‌گیری بر مردم وصیت به معدوم همانند وصیت به مجهول صحیح است، هم‌چنین وصیت کردن چیزی که نتواند آن را تسلیم کند مانند برده‌ای که فرار کرده و پرنده‌ای در آسمان و شیری که پستان وجود دارد صحیح است.

علمای احناف گفته‌اند: اگر موصی‌به معدوم باشد مشروط بر این‌که با یکی از عقدها قابل تملیک باشد، جایز است وصیت شود، از روی استحسان وصیت کردن چیزی که گوسفندهایش بزایند جایز نیست زیرا در حال حیات موصی با عقد مساقات قابل تملیک نمی‌باشد.

وصیت کردن ثمره‌ی درختان خرما در سال جاری یا برای همیشه صحیح است هرچند موصی‌به معدوم باشد، زیرا در حال حیات موصِی با عقد مساقات قابل تملیک است، بنابراین

---

[1] . الدر المختار:۴۵۹/۵، ۴۹۲، ۴۹۱، البدایع:۳۵۴/۷، الشرح الصغیر:۵۸۱/۴، المهذب: ۴۵۲/۱، المغنی: ۵۹/۶، کشاف القناع:۴/ ۴۰۷ به بعد، غایة المنتهی:۳۶۳/۲.

وصیت کردن معدوم به اتفاق همه جایز است هر چند در بعضی مثالها با هم اختلاف نظر داشته باشند.

به اتفاق همه وصیت کردن چیزی که نتواند آن را تسلیم کند مانند پرنده‌ای یا برده‌ای فرار کرده، صحیح است زیرا موصی‌له در یک سوم دارایی موصِی جانشین او خواهد بود چنان که وارث جانشین او می‌شود، هنگامی که جایز باشد وارث در این مسائل جانشین میت گردد، جایز است موصی‌له هم جانشین او گردد. لیکن علمای حنفی مذهب گفته‌اند: وصیت کردن آنچه در شکم یا شیری که در پوستان است یا پشمی که بر پشت گوسفند است یا ولد یا شیری که در آینده ایجاد خواهد شد صحیح نیست، زیرا وجود موصی‌به هنگام مرگ موصِی شرط شده است، اگر موصِی در حالی بمیرد که موصی‌به موجود نباشد وصیت باطل می‌شود. اما در وصیت کردن ثمره‌ی درخت وجود آن هنگام مرگ موصِی از جهت استحسان شرط نمی‌باشد، زیرا نام ثمره بر موجود و حادث اطلاق می‌شود و حادث از آنها احتمال دارد داخل در تحت عقد معامله و وقف باشد. اما ولد و پشم و مشابه آنها تحت هیچ عقدی داخل نیست و ارث در آن جریان ندارد و در وصیت هم داخل نمی‌باشد، زیرا وصیت در چیزی جریان دارد که ارث در آن جریان داشته باشد یا تحت یکی از عقود در حال حیات باشد، و آنچه حادث می‌شود از قبیل ولد و امثال آن ارث در آن جریان ندارد و تحت هیچ عقدی داخل نیست لذا تحت وصیت هم داخل نمی‌باشد.

و خلاصه این‌که علمای احناف وصیت کردن چیزی که ایجاد خواهد شد را جایز ندانسته و جمهور فقها جایز دانسته‌اند.

۳ . وصیت کردن شیء مجهول:

فقها اتفاق نظر دارند بر این‌که موصی‌له باید معلوم باشد یعنی شخصاً معلوم باشد مانند زید یا نوع آن مشخص باشد، مانند: مساکین، اگر بگوید: یک سوم دارایی‌ام را برای فلانی یا فلانی وصیت می‌کنم، وصیت او به خاطر جهالت باطل خواهد بود.

و نیز اتفاق نظر دارند بر این‌که موصی‌به واجب نیست معلوم باشد، پس وصیت کردن مجهول[1] جایز است، مانند این‌که کسی جزء یا سهمی از مالش را وصیت کند، زیرا وصیت تبرع و بخشش محض است، پس جهالت نسبت به آنچه بخشش می‌شود ضرر ندارد. مثال شافعی و حنابله برای وصیت به مجهول مانند: وصیت کردن جنینی که در شکم است و شیری که در پستان یا یکی از خدمتکاران یا یکی از بردگانش. قبلاً گفته شد که علمای احناف وصیت کردن آنچه در شکم یا شیری که در پستان است را جایز نمی‌دانند.

اگر موصِی در حال حیاتش مقصود خویش از این الفاظ را بیان کند به آن عمل می‌شود.

و اگر قبل از بیان مقصودش بمیرد، از دیدگاه ابوحنیفه و شافعیه و حنابله ورثه‌ها آن را بیان می‌کنند و در صورتی که بخشی از مال را وصیت کرده باشد آنچه را که بخواهند به موصی‌لَه می‌دهند زیرا ورثه‌ها جانشین میت هستند لذا بیان مقصود میت به آنان واگذار می‌شود، اما در صورتی که سهمی از مالش را وصیت کرده باشد، به موصی‌له کمترین سهم از سهام ورثه‌ها داده می‌شود که بیشتر از یک ششم نباشد، پایین‌ترین حد که یک ششم است برای او خواهد بود. علمای مالکیه گفته‌اند: به موصی‌لَه که مجهول باشد از میان ترکه یک سهم داده می‌شود سپس مابقی بر ورثه‌ها تقسیم می‌شود، ضرر بر همه وارد می‌شود.

۴. وصیت کردن منافع:

این موضوع شناخت امور متعددی را می‌طلبد: از جمله: مقصود از منافع، آیا منافع مال اعتبار می‌شود، حکم وصیت به منافع، اندازه گیری منفعت، روش بهره‌گیری از منفعت، کیفیت به دست آوردن منفعت مشترک، انتهای وصیت به منفعت، ملکیت چیزی که منفعت آن وصیت شده و تصرف در آن، و نفقه عینی که منفعت آن وصیت گردیده است.[2]

---

[1] . الکتاب مع اللباب:۴/۱۷۶-۱۷۷، تکملة الفتح:۸/۴۴۳- ۴۴۶، الدرالمختار:۵/۴۷۴، البدایع:۷/ ۳۵۶ به بعد، القوانین الفقهیة:ص ۴۰۶، المهذب ۱/ ۴۵۲، غایة المنتهی:۲/ ۳۶۳ – ۳۶۴، ۳۷۲، کشاف القناع: ۴/ ۴۰۷، مغنی المحتاج: ۳/۴۴-۴۵، ۵۸، الشرح الصغیر:۴/ ۵۹۹.

[2] . مراجعه شود به البدایع: ۳۵۲/۷ به بعد، ۲۸۶، الدرالمختار:۵/۴۸۹-۴۹۱، تکملة الفتح:۸/۴۸۰-۴۸۵، تبیین الحقایق:۵/۱۰۵،۱۲۱، ۲۳۴، الشرح الکبیر:۴/۴۴۵، مغنی المحتاج:۳/۶۴-۶۵، المهذب:۱/ ۴۵۲، ۴۵۵، غایة المنتهی:۲/ ۳۶۶.

أ. مقصود از منافع:

از دیدگاه احناف منفعت بر خدمت و سکونت مسکن و غله‌ی آن اطلاق می‌گردد، هم‌چنین بر غله‌ی زمین و بستان و ثمره‌ی آن اطلاق می‌شود، غلة(بهره) عبارت است از هر چیزی که از درآمد زمین، کرایه و اجاره‌ی نوکر و غیره حاصل می‌شود.

علمای احناف بین وصیت کردن غله یا ثمره فرق قائل شده و گفته‌اند: در تعبیر غله هرچه هنگام وفات موصِی موجود باشد و هر چه در مدت حیات موصی‌له ایجاد شود غله نامیده می‌شود.

اما ثمره تنها شامل آنچه که هنگام وفات موصِی موجود بوده، می‌شود، و ظاهراً سبب این فرق، عرف است.

اما غیر از علمای احناف بین این دو فرق نگذاشته و گفته‌اند هر دوی این تعبیر بر آنچه که هنگام وفات موصی موجود بوده یا بعد از آن به وجود بیاید را شامل می‌شود.

اما قانون کشور مصر ماده (۵۵) و سوریه ماده (۲۴۹) مذهب جمهور فقها را اختیار کرده و وصیت کردن ثمره را همانند وصیت کردن غله (بهره) قرار داده که شامل است بر آنچه هنگام وفات موصی موجود بوده یا بعد از آن به وجود بیاید، مشروط بر این‌که قرینه‌ای بر خلاف آن دلالت نکند.

چنان که در تفسیر و توضیح قانون آمده معنی منافع را با وسعت بیشتری بیان کرده است که عبارت است از: مقصود از منافع آنچه علمای حنفیه ذکر کرده‌اند می‌باشد، که هم شامل منافع محض مانند سکونت در مسکن و زراعت در زمین است و هم شامل بدل آن مانند اجاره‌ی مسکن و زمین و آنچه از آن استخراج می‌شود مانند ثمره‌ی بوستان و درخت می‌باشد.

و وصیت به منافع همه آنچه را که ذکر شد شامل می‌آید و هم‌چنین طبق قانون شامل وصیت به تصرف در عین، وصیت به قرض دادن، وصیت به حقوق، و وصیت به تقسیم ترکه، و وصیت به حقوق‌های ماهیانه است.

ب. آیا منافع به عنوان اموالی که دارای قیمت باشد محسوب می‌گردد؟

در این مورد فقها دو نظریه دارند:

مذهب احناف: منافع به نفس خود اموالی دارای قیمت محسوب نمی‌گردد، بلکه از طریق استحسان با عقد بر آن مانند اجاره و وصیت مالی دارای قیمت محسوب می‌گردد، زیرا از دیدگاه آنان مال به چیزی گفته می‌شود که بتوان آن را به دست آورد و برای وقت نیاز ذخیره

نمود و منافع اعراض متجددی هستند که زمانی پس از زمانی دیگر به دست آورده می‌شود و بعد از به دست آوردن آن باقی نمی‌ماند و احراز آن هم ممکن نمی‌باشد. اما به دلیل ورود نص و جریان عرف بر آن قیمت آن مشخص شده و از آن بهره‌برداری می‌شود. و زمانی که منفعت مال اعتبار نشودپس ملک است زیرا ملک چیزی است که با صفت اختصاص در آن تصرف می‌شود.

و مذهب جمهور فقها براین است که: منافع اموالی هستند که از آن بهره گرفته می‌شود و همانند اعیان ضمانت آن کرده می‌شود زیرا غرض آشکار از همه اموال منافع آن می‌باشد.

قانون هم به رأی جمهور فقها عمل کرده و علمای متأخر مذهب ابوحنیفه نیز به اعتبار کردن منافع به اموال متقوم فتوی داده‌اند، هرچند بر آن هیچ عقدی بسته نشده باشد در سه نوع:

مالی که برای بهره‌گیری آماده شده باشد، وقف‌ها، اموال ایتام، این مطلب را در موضوع اجاره و غصب و ضمانت توضیح داده‌ام.

جـ. حکم وصیت به منافع از لحاظ جواز و عدم جواز:

ائمه مذاهب اربعه بر جواز وصیت به منافع اتفاق نظر دارند، زیرا منافع همانند اعیان بوده که با عقدِ معاوضه و ارث به ملکیت انسان در می‌آید، پس وصیت به آن همانند وصیت به اعیان صحیح است، حتی علمای احناف که منافع را مال محسوب نمی‌کنند برای وصیت به آن اجازه داده‌اند، زیرا در حال حیات می‌توان به دادن عوض آن مالک آن گردید، در این صورت عقد اجاره خواهد بود و به غیر بدل هم می‌توان مالک آن گردید که در این صورت عقد اعاره خواهد بود، هم‌چنین بعد از مرگ با وصیت می‌توان مالک آن شد چنان‌که در اعیان این‌گونه است.

و از یک سوم مال استخراج می‌شود، اگر از یک سوم استخراج نشود به اندازه یک سوم اجازه داده می‌شود.

د. اندازه گیری منافع:

دانستیم که وصیت از یک سوم ترکه نافذ می‌گردد، اگر عین چیزی وصیت گردد، خود آن چیز در نظر گرفته شده و از یک سوم خارج می‌شود. اما در صورتی که وصیت به منافع باشد چگونه اندازه گیری می‌شود؟ فقها در این مورد دو نظریه دارند:

نخست: نظر احناف و مالکیه: با توجه به اعیانی که منافع آن وصیت شده است با قطع نظر ازمدت انتفاع آن، اگر ذات آن چیز در صورت وصیت از یک سوم استخراج شود، جایز است و نافذ می‌گردد و در صورتی که از یک سوم بیشتر باشد، تنها به اندازه یک سوم نافذ می‌گردد و مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه ورثه‌ها خواهد بود، معتبر نزد آنان قیمت عینی است که منفعت آن وصیت شده است، نه قیمت منفعت مستقل. اگر شخصی منفعت مسکنش را وصیت کند، و تنها نصف این مسکن از یک سوم استخراج شود، آنگاه تنها نصف منفعت مسکن برای موصی‌له خواهد بود.

دلیل آنان این است که با وصیت منافع چیزی، ورثه‌ها از انتفاع از آن چیز محروم می‌گردند، و مقصود از آن چیز که همان انتفاع از آن است از بین می‌رود، پس هنگامی که خود آن چیز در ملکیت ورثه‌ها بماند، به منزله‌ی کالایی بدون بهره خواهد بود، لذا واجب است آنچه که آنان از انتفاع از آن ممنوع شده‌اند از یک سوم دارایی میت خارج شود.

نظریه دوّم: نظریه علمای شافعیه و حنابله است:[1] وصیت به منفعت با قیمت منفعت موصی‌به در مدت وصیت اندازه گیری می‌شود زیرا آن چیز وصیت شده است.

جز این‌که علمای حنابله گفته‌اند: اگر وصیت مقید به مدت معلومی باشد، قیمت خود منفعت در آن مدت در نظر گرفته می‌شود و در صورتی که وصیت مطلق برای همه زمان باشد در آن دو مذهب است:

یکی از این دو مذهب، مذهب حنفی و مالکی است که: عین آن چیز که وصیت شده است قیمت گذاری می‌شود و از یک سوم ترکه استخراج می‌گردد.

دوم: عین آن چیز بر ورثه‌ها قیمت گذاری می‌شود و منفعت آن برای موصی‌له، اگر قیمت کل آن چیز مثلاً صد [دینار یا درهم] باشد و قیمت تنها عین آن ده باشد، به نتیجه می‌رسیم که قیمت منفعت آن نود است.

اما قانون کشور مصر ماده (٦٢) و سوریه ماده (٢٥٣) به نظریه‌ای تفصیلی برگرفته از مجموع دو نظریه عمل کرده است که شباهت نزدیکی با مذهب حنابله دارد، این‌گونه قضاوت کرده است که در صورتی که منفعت ابدی و مطلق باشد یا برای مدت حیات موصی‌له، یا مدتی بیشتر از ده سال باشد، آنگاه با قیمت عین چیزی که کل یا بعضی از منافع آن وصیت شده است

---

[1]. مراجعه شود به المذكرة التفسيرية للقانون المصري در بیان ماده ۶۲، ۶۳، در این ماده در فقره اول از ماده ۶۲ برگرفته از مذهب ابوحنیفه و باقی ماده برگرفته از مذهب شافعی است.

اندازه گیری می‌شود. این نظریه با نظریه اول موافق است و هم‌چنین با قول اول از دیدگاه حنابله در وصیت مطلق موافق می‌باشد، زیرا آرزوی ورثه‌ها در انتفاع از آن عین معدوم یا بعید التحقق خواهد بود.

و در صورتی که وصیت به منافع برای مدتی باشد که بیشتر از ده سال نباشد، آنگاه با قیمت منفعت چیزی که وصیت شده است در این مدت اندازه گیری می‌شود. این قانون با نظریه علمای شافعیه موافق است و با رأی حنابله در وصیت مقید موافق می‌باشد، زیرا آرزوی عودت عین آن به ورثه‌ها قریب التحقق می‌باشد. و اگر وصیت به حقی از حقوق مانند حق آبیاری یا حق مرور و ....، باشد طبق ماده (۶۳) قانون کشور مصر با فرق بین قیمت عین که حمل شده به حق موصی‌به و بین قیمت آن بدون این چیز اندازه گیری می‌شود، و فرق بین دو قیمت وصیت است. و این موافق با قول دوم در وصیت مطلق نزد حنابله می‌باشد، و مذهب شافعی هم بر این است.

هـ. روش برخوردار شدن از منفعت:

برای برخورداری از منفعت دو روش وجود دارد:

اول: بهره‌برداری مشروع: این‌که مالک منفعتِ عینی که منفعت آن برای او وصیت شده است، آن را به دیگری در مقابل اجاره‌ای که برای خود دریافت می‌کند اجاره دهد.

دوّم: استفاده شخصی: این‌که او خود شخصاً از منافع آن استفاده کند، اما روش بهره‌برداری از منفعت موصی‌به با توجه به تصریح وصیت کننده متفاوت است:

اگر وصیت مقید به نوع خاصی از استفاده بردن نباشد، به اتفاق فقها موصی‌لَه می‌تواند به دلخواه خود از آن استفاده کند، یا شخصاً از آن استفاده کند مانند این‌که: خود در مسکن سکونت گزیند یا زمین را کشت کند، یا با بهره‌برداری از آن: این‌که مسکن یا زمین را به دیگری اجاره دهد و از اجاره‌ی آن برخوردار شود.

اما در صورتی که وصیت‌کننده موصی‌لَه را مقید به نوع خاصی از انواع بهره‌برداری نماید، در این مورد دو نظریه وجود دارد:

علمای احناف بر این باورند که: موصی‌لَه در حال استفاده شخصی مقید به قیدی است که از جانب وصیت کننده به آن تصریح شده است، مثلاً وصیت کند که فلانی در مسکن او سکونت گزیند در این صورت بدون اختلاف موصی‌لَه نمی‌تواند بهره‌برداری دیگری از آن

بنماید،زیرا او بدون عوض مالک منفعت آن شده است پس نمی‌تواند آن منفعت را با دریافت عوضی در ملکیت شخص دیگری در آورد.

اما در صورتی که قضیه برعکس باشد؛ این‌که وصیت کند که از آن بهره‌برداری کند، قول راجح این است که موصی‌لَه می‌تواند در آن سکونت گزیند، زیرا هنگامی که می‌تواند دیگری را مالک سکونت در آن نماید از باب اولی می‌تواند خود در آن ساکن شود. در قولی هم گفته شده که نمی‌تواند شخصاً در آن سکونت گزیند، زیرا گاهی در سکونت او در آن مسکن ضرر برای میت وجود دارد، اما قول اول صواب است، زیرا این دلیل دارای تکلف و احتمالات بعید می‌باشد.

علمای شافعیه و حنابله می‌گویند: موصی‌لَه مالک بهره‌برداری و استفاده از آن می‌باشد پس می‌تواند هرگونه استفاده‌ای را به دلخواه خود از آن بنماید اعم از این‌که استفاده شخصی یا بهره‌برداری دیگری باشد هر چند که به عکس آن تصریح شده باشد، زیرا موصی‌له با عقد وصیت مالک منفعت آن شده است، و هرکس که مالک منفعتی شود می‌تواند هرگونه که بخواهد از آن استفاده کند، چنان است که با اجاره مالک حق المنفعه می‌شود.

این رأی، رأی راجح است و قانون کشور مصر در ماده (٥٤) و سوریه در ماده (٢٤٨) به آن عمل کرده است، زیرا هدف وصیت کننده رساندن نفع به موصی‌لَه و برطرف کردن نیاز او بوده است، و این روش برای او بهتر است.

و . کیفیت دریافت منفعت مشترک:

هنگامی‌که منفعت مشترک بین موصی‌لَه و ورثه‌های وصیت‌کننده باشد، مانند وصیت به نصف منفعت مسکنش، یا مشترک بین چند شخص باشد؛ مانند وصیت به منفعت مسکن برای سه شخص، از طریق تقسیم منفعت آن را با یکی از سه روش زیر دریافت می‌نماید.[1]

نخست: محصول و فراورده‌ی منفعت بین شرکا تقسیم شود: در این صورت مسکن اجاره داده می‌شود یا اگر زمین باشد کاشت می‌شود و عایدات آن به نسبت سهم هر یک از آنان تقسیم می‌گردد.

[1] .الوصیة لعیسوی:ص ۱۳۰، الوصیة للسباعی: ص ۱۲۶.

دوّم: عین چیزی که منفعت آن وصیت شده است بین آنان تقسیم می‌شود و هر یک از شرکا سهم خود از منفعت آن را دریافت می‌کند مشروط بر این‌که آن عین قابل تقسیم بوده و با تقسیم آن به ورثه‌ها ضرری وارد نشود، هر چند با بقاء منفعت اصلی باشد.

سوم: عین موصی‌به به صورت مشاع با تقسیم زمانی یا مکانی تقسیم شود:

تقسیم زمانی به این صورت است که: تمام آن عین برای مدت زمانی به یکی از شرکا داده شود که از آن بهره‌برداری نماید سپس به شریک دیگر داده شود تا به همان مقدار از آن استفاده کند.

تقسیم مکانی به این صورت است که: همزمان به هر یک از شرکا بخشی از آن عین داده شود که از آن بهره بگیرد سپس هر یک از شرکا قسمتی را که به او واگذار شده با شریک دیگر تبادل کند و هر یک از آنان در جای دیگری قرار گیرد.

اگر وصیت به حقی از حقوق باشد که تقسیم آن ممکن نباشد و به صورت قطعه مشترک و مشاع در نیاید، یا اختلاف بین شرکا ایجاد شود، در این صورت قاضی بر حست قواعد شریعت عام در کیفیت تقسیم منفعت اجتهاد می‌کند.

قانون کشور مصر ماده (۵۷) و سوریه ماده (۲۵۰) ب سه روشی که گفته شد تصریح کرده است.

ز . پایان وصیت به منفعت:

قانون سوریه ماده (۲۵۲) تصریح کرده است که وصیت به منفعت در حالات زیر باطل یا ساقط می‌شود:

أ. با وفات موصی‌لَه قبل از این‌که بعضی یا کل منفعت موصی‌به را دریافت کند، زیرا منافع در وصیت ارث برده نمی‌شود.

ب.موصی‌لَه عینی را که منفعت آن برایش وصیت شده است تملک کند.

ت.موصی‌له به نفع ورثه‌ها، از حق خود بگذرد، اعم از این‌که در مقابل عوض باشد یا بدون عوض، واگذار کردن حق خود به ورثه در مقابل عوض از قبیل مصالحه بر ترک نظیر مال است، و اما واگذار کردن حق خود بدون عوض از قبیل تبرئه کردن ورثه‌ها از آن است.

ث. ثابت شود عین موصی‌له مُلک شخص دیگری است، زیرا در این صورت روشن می‌شود آن عینی که منفعت آن وصیت شده است در ملکیت موصی‌نبوده است.

قانون کشور مصر در ماده (۵۹) بر بطلان وصیت به منفعت قبل از پایان مدت آن به اسباب زیر تصریح کرده است:

أ. با گذشت مدتی که برای استفاده‌ی موصی‌لَه تعیین شده است قبل از مرگ موصِی، یا با مرگ موصی‌لَه قبل از شروع مدت آن.

ب. یا این‌که موصی‌لَه حق خود از منفعت آن را به نفع ورثه‌ها ساقط کند، چه در مقابل عوضی این کار را انجام دهد یا بدون عوض.

ج. عینی که منفعت آن وصیت شده است مال دیگری باشد، یا این‌که از موصی‌لَه خریداری شود.

موصی‌لَه چه زمانی مستحق منفعت عینی خواهد بود که برای او وصیت شده است؟

قانون کشور مصر در ماده (۵۰) و سوریه در ماده (۲٤٦) به حالات استحقاق موصی‌لَه از منفعت بر حسب مدت تصریح کرده‌اند.

اگر وصیت به منفعت از جهت شروع و پایان مشخص باشد مانند: دو سال؛ از اوّل فلان سال یا پایان فلان سال، موصی‌لَه تنها در این مدت استحقاق منفعت را خواهد داشت، اگر مدت تعیین شده قبل از وفات وصیت‌کننده پایان یافت در این صورت وصیت باطل خواهد بود. و در صورتی که قسمتی از آن زمان منقضی شود موصی‌لَه مستحق منفعت در زمان باقی‌نامه خواهد بود. این نظریه با مذهب ابوحنیفه موافق است.

و در صورتی که وصیت به منفعت مقدر به مدتی معین مانند یک سال بدون تعیین زمان شروع بهره‌برداری باشد، موصی‌لَه از زمان وفات موصِی مستحق بهره‌برداری از منفعت آن خواهد بود، این نظریه با مذهب شافعی موافق است، اما علمای احناف می‌گویند: مدت آن از زمان تقسیم ترکه شروع می‌شود، زیرا آنگاه وقت تنفیذ وصیت و استقرار ملک می‌باشد.

منع موصی‌لَه از بهره‌برداری:

قانون کشور مصر ماده (۵۱) و سوریه در ماده (۲٤۷) به سه حالت تصریح کرده‌اند که گاهی موصی‌لَه را از بهره‌برداری از عینی که منفعت آن برایش وصیت شده است منع می‌کنند که

عباردتند از: مانع شدن یکی از ورثه‌ها، مانع بودن همه ورثه‌ها، یا خود موصِی یا عذر دیگری باشد که بر موصی‌لَه غالب شود.

صورت اوّل: اگر یکی از ورثه‌ها مانع باشد، ضامن بدل منفعت برای موصی‌لَه خواهد بود.

صورت دوّم: اگر همه ورثه‌ها مانه باشند: در این صورت موصی‌لَه می‌تواند در مدت دیگری از آن بهره‌برداری کند، یا این‌که بدل آن منفعت را از آنان بگیرد.

صورت سومی: اگر خود موصِی مانع باشد، مانند این‌که موصِی مسکنی که منفعت آن را وصیت کرده است برای مدت معینی اجاره دهد، سپس قبل از این‌که مدت اجاره‌ی آن پایان یابد بمیرد. یا مانع استفاده، عذری باشد که بر موصی‌لَه غالب شود؛ مانند این‌که موصی‌لَه زندانی باشد، یا غایب باشد یا مسکن مغصوبه باشد، در این صورت موصی‌لَه برای مدت دیگری مستحق بهره‌برداری از آن خواهد بود.

این احکام برگرفته از مذهب امام شافعی هستند.

اما علمای احناف گفته‌اند: اگر یکی از ورثه‌ها مانع شود، ضامن بدل آن برای موصی‌لَه خواهد بود، زیرا او در این حالت به حق موصی‌لَه تجاوز کرده و ضامن نتیجه‌ی تجاوزگری‌اش خواهد بود.

و در صورتی‌که همه ورثه‌ها مانع شوند باز هم ضامن بدل آن منفعت برای موصی‌لَه خواهند بود، و در این دو حالت بعد از گذشت مدتی که برای موصی‌لَه تعیین شده است او نمی‌تواند درخواست کند زمان دیگری به اندازه زمانِ تعیین شده از آن بهره‌برداری کند.

و در صورتی‌که مانع سبب دیگری باشد، از جانب ورثه‌ها نباشد و زمان بهره‌برداری او سپری شود، ورثه‌ها ضامن نخواهند بود، زیرا آنان هیچ نقشی در آن نداشته‌اند، زیرا موصی‌به در دست آنان امانت بوده است، و امانت‌دار زمانی ضامن خواهد بود که متجاوز بوده و برای حفظ آن سهل انگاری کرده و مقصر باشد.

ح . ملکیت عینی که منفعت آن وصیت شده و حکم تصرف در آن:

اما ملکیت عین: بر حسب مدت وصیت خواهد بود: اگر وصیت همیشگی یا مطلق بدون ذکر مدت باشد، و برای موردی باشد که گمان برده نمی‌شود منقطع گردد، در این صورت رقبه‌ی عین وقف می‌گردد و عایدات آن تا ابد برای کسانی خواهد بود که برایشان وصیت شده است.

اما در صورتی‌که وصیت به منفعت برای مدت محدودی باشد، یا برای شخصی معین یا جماعتی قابل شمارش و ضبط یا برای موردی باشد که گمان برده می‌شود منقطع گردد، در این صورت‌ها عین موصی‌به در ملکیت ورثه خواهد ماند، اما عایدات و بهره‌های آن برای کسانی خواهد بود که برایشان وصیت شده است تا زمانی که آنان منقرض شوند تا مدتی که تعیین شده پایان یابد سپس بهره و عایدات آن هم به تبع عین به ملکیت ورثه‌ها برمی‌گردد.

اما در رابطه با حق تصرف در عینی که بهره و عایدات آن وصیت شده است دو نظریه وجود دارد:

نظریه احناف: مالکِ عین، حق تصرف در آن از قبیل فروش را ندارد، و تصرف در آن متوقف بر اجازه‌ی موصی‌لَه خواهد بود، زیرا حق او به آن وابسته شده است، اگر اجازه دهد حق او ساقط می‌شود.

نظریه جمهور فقها: مالکِ عین می‌تواند در آن تصرفاتی از قبیل فروختن و غیره بنماید لیکن حق موصی‌لَه در بهره‌برداری از آن باقی می‌ماند و آن را در ملکیت مشتری دریافت می‌کند، به دلیل این‌که عین با بقای وصیت از مالک آن به ارث برده می‌شود. و برای موصی‌لَه در انتقال ملکیت ضرری وجود ندارد، زیرا حق او در بهره‌برداری از آن است و آن هم با اختلاف مالک متفاوت نخواهد بود و در مباح بودن تصرف مالک از عین باید حق موصی‌لَه رعایت شود.

قانون کشور مصر در ماده (۶۰) و سوریه در ماده (۲/۲۵۱) مبتنی بر نظریه جمهور فقها می‌باشد

ط . نفقه عینی که بهره و عایدات آن وصیت شده است:

فقها در این مورد دو نظریه دارند:

نظریه علمای احناف و در قول اصح نزد حنابله این است که: عینی که عایدات و بهره‌ی آن وصیت شده است هر هزینه‌ای که داشته باشد و هر مالیاتی که بر آن وارد شود، به عهده‌ی صاحب منفعت از آن خواهد بود هرچند آن عین در یک سال ثمره ندهد یا عایداتی نداشته باشد، زیرا او صاحب بهره‌برداری از آن است، مثال این مورد مانند: زوج، زیرا جریمه در مقابل غنیمت و خراج در مقابل ضمانت است، بهره‌ی آن برای اوست، لذا ضرر و جریمه‌ی آن هم بر عهده‌ی او خواهد بود.

هنگامی که صاحب منافع آنچه را که برای بقای عین جهت بهره‌برداری از آن لازم است، انجام ندهد، و آن مالیاتی را که بر آن نوشته می‌شود پرداخت نکند، بلکه صاحب عین آن را پرداخت نماید، در منافع آن حق خواهد داشت و قبل از موصی‌لَه از عایدات آن برداشت می‌کند.

اما در صورتی که عین صلاحیت بهره‌برداری نداشته باشد مانند زمین لم یزرع و بی‌حاصل، هزینه‌ی اصلاح و مالیات آن به عهده‌ی مالک خواهد بود.

و نظریه علمای شافعیه در قول اصح این است که: هزینه و مالیات به عهده‌ی مالک است، چنان‌که اگر عینی اجاره داده شود نفقات و مالیات آن به عهده‌ی مالک است.

قانو کشور مصر در ماده (۵۸) و سوریه در ماده (۱/۲۵۰) مبتنی بر رأی نخست می‌باشد.

۵. وصیت به تصرف در عین[۱]:

گاهی شخصی فروختن بعضی از دارایی‌اش را وصیت می‌کند، یا اجاره دادن قسمتی از زمین‌هایش را، اگر قیمت آنچه که نام برده یا بدل اجاره به مقدار قیمت یا اجاره‌ی مثل آن باشد یا مقدار اندکی از قیمتِ مثل کمتر باشد از یک سوم دارایی‌اش خارج می‌شود، یا در صورتی که مقدار اندکی که عادتاً مردم در آن دچار فریب و زیان می‌شوند، از یک سوم بیشتر باشد، وصیت بدون توقف بر اجازه ورثه‌ها نافذ می‌گردد، زیرا در وصیت ضرری متوجه آنان نمی‌گردد، و این مقدار در حدود یک سوم دارایی‌اش وصیت محسوب می‌گردد، پس به اجازه‌ی ورثه نیاز ندارد.

اما در صورتی‌که زیادی بر یک سوم بیشتر باشد – که به آن ضرر و خسران فاحش گفته شود– تنفیذ آن متوقف بر اجازه‌ی ورثه‌ها خواهد بود، مشروط بر این‌که موصی‌لَه اقدام به پس دادن مازاد بریک سوم ننماید، اما در صورتی که ورثه اجازه دهند یا موصی‌لَه آن مقداری که مازاد بر یک سوم بوده را به ورثه بپردازد وصیت نافذ می‌گردد، و در غیر این صورت باطل است.

قانون کشور مصر در ماده (٥٦) و سوریه در ماده (٢٤٠) به این احکام که بین فقها مورد اتفاق می‌باشد عمل کرده است.

---

۱. این نوع در قانون معتبر است و آنچه بعد از آن می‌آید از قبیل وصیت به منافع چنان که سابقاً در (الفقه المقارن استاد حسن الخطیب ص ۲۳۵ و بعد از آن بیان شد).

۶. وصیت برای قرض دادن:

گاهی شخصی وصیت می‌کند که مقدار مشخصی از دارایی‌اش به فلانی برای مدت مشخصی بدون ربا قرض داده شود، مبنای تنفیذ این وصیت از یک سوم دارایی‌اش می‌باشد، که قانون وصیت کشور مصر در ماده (۱۲) و سوریه ماده (۲۱۸) به آن تصریح کرده است.

اگر مالی که وصیت شده قرض داده شود از یک سوم ترکه خارج شود، وصیت بدون توقف بر اجازه ورثه نافذ می‌گردد، اما در صورتی که بیشتر از یک سوم باشد در حدود یک سوم نافذ می‌گردد و مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه ورثه‌ها خواهد بود.

ورثه نمی‌تواند قبل از پایان یافتن مدتی که موصِی برای قرض تعیین کرده است از قرض گیرنده مطالبه نماید هرچند که از دیدگاه علمای احناف قرض دهنده ملزم به رعایت آن مدت نمی‌باشد،[۱] و می‌تواند هر وقت بخواهد از قرض گیرنده قرضش را مطالبه کند، زیرا از دیدگاه آنان تنها در چهار حالت زیر قرض دهنده ملزم به رعایت وقت می‌باشد:

نخست: شخص وصت کند که مثلاً برای یک سال مقداری مال به شخص دیگری قرض داده شود.

دوّم: قرض انکار شده باشد، پس صاحب آن وقتی را تعیین می‌کند، در این صورت وقت ملزم می‌گردد.

سوم: حاکم به لزوم آن حکم کند، با اعتماد بر مذهب مالک و ابن ابی لیلی، در این صورت ملزم به رعایت وقت می‌باشد.

چهارم: در حواله: وام دهنده بستانکار را به دیگری حواله کند پس قرض دهنده برای او وقتی را تعیین کند، یا این‌که او را بر بدهکاری حواله کند که بدهی او دارای وقت مشخصی باشد، زیرا با حواله کردن ذمه‌ی حواله‌کننده پاک می‌شود، با حواله کردن قرض و بدهی حواله شده بر حواله شونده ثابت می‌شود، این در حقیقت تعیین کردن وقت برای پرداخت بدهی است.

۷. وصیت به حقوق:

به اتفاق فقها وصیت به حقوق ارتفاقی مانند حق آبیاری، جوی یا ساختن دیواری بر پایه دیوار دیگری که با ارث منتقل می‌شود، صحیح است، جز این‌که وصیت به حق آبیاری، جوی و مسیر طبق قانون مگر به تبع زمینی که وصیت شده یا برای مالک زمین که شخصاً از آن استفاده کند، جایز نیست.

---

[۱]. الدر المختار و ردالمحتار: ۴/۱۷۷-۱۷۸.

قانون کشور مصر ماده (۱۱) برگرفته از مذهب شافعی و جمهور فقها جز مذهب حنفی اجازه وصیت به حق منفعتی که مستأجر مالک آن می‌شود را داده است، مثال: شخصی زمینی را برای مدت ده سال اجاره کند سپس باقی مدت اجاره را وصیت کند، زیرا از دیدگاه جمهور فقها اجاره با مرگ یکی از دو طرف عقد فسخ نمی‌شود. اما علمای اخناف این وصیت را جایز نمی‌دانند، زیرا از دیدگاه آنان اجاره با مرگ یکی از دو طرف قرارداد باطل می‌شود.

قانون نیز با اعتماد بر مذهب مالکی وصیت به حق خلو را اجازه داده است: حق خلو عبارت است از حق اولویت در اجاره کردن زمین موقوف، مثال: وقف نیاز به ساختن مسکن داشته باشد، و مالی برای ساخت آن وجود نداشته باشد، شخصی به شرط این‌که حق الویت در اجاره کردن آن برای او باشد اقدام به ساخت آن بکند، اگر این شخص آنچه را که برای او ثابت شده است وصیت کند جایز است.

۸ . وصیت به تقسیم ترکه:

گاهی انسانی وصیتی را می‌نماید که متضمن تقسیم ترکه بین ورثه‌ها به مقدار سهم هر یک از آنان است، تا این‌که با تقسیم عدم وقوع اختلاف بین آنان را تضمین کرده باشد، و تا این‌که برای هر یک از آنان سهم او را بدون بهره‌برداری یا کم کاری محقق سازد، آیا این وصیت از مواردری که رعایت آن واجب است می‌باشد؟

جمهور فقها بر ابن باورندکه: این تقسیم بر ورثه‌ها واجب نیست، آنان می‌توانند بپذیرند و می‌توانند سرباز زنند، زیرا قیمت و ارزش مالی برای اعیان گاهی مساوی است لیکن مصلحت در آن متفاوت است، چنان که ابطال حق وارث در اندازه حقش جایز نیست، ابطال حق او در عین این حق نیز جایز نمی‌باشد.

و برخی از فقهای شافعی و حنابله[۱] بر این باورند، هرچند که اصح در مذهب رأی نخست است که تقسیم مُوَرِّث جایز بوده و ورثه‌ها ملزم به رعایت آن هستند مشروط بر این‌که تقسیم عادلانه باشد، یعنی به هر یک از ورثه‌ها مقداری را اختصاص دهد که با قیمت سهم او مساوی باشد یا به مقدار سهم او باشد، و تقسیم به اجازه ورثه‌ها نیاز ندارد، زیرا حق هر وارثی در قیمت است نه در عینی از اعیان ترکه، به دلیل این‌که اگر مُورِّث در بیماری مرگش همه دارایی‌اش را به قیمت مثل آن بفروشد صحیح است و نافذ می‌گردد.

---

[۱] . مغنی المحتاج: ۴۴/۳، المغنی:۷/۶، این نیز یکی از دو گفته‌ی نقل شده از شیوخ احناف است، و برخی به آن فتوی داده‌اند. (ردالمحتار علی الدر المختار): ۴۶۴/۵).

قانون کشور مصر درماده (۱۳) و سوریه در ماده (۲۱۹) مبتنی بر رأی دوم است، تقسیم ترکه را جایز دانسته، و ورثه‌ها را بعد از مرگ موصِی ملزم به آن می‌داند. لیکن قانون مصر بر خلاف جمهور فقها برتری بعضی از ورثه‌ها بر بعضی دیگر را مشروط بر این‌که زیادی آن از یک سوم ترکه جدا شود بنا بر حکمی که به آن عمل کرده که عبارت است از: جواز وصیت برای وارث در حدود یک سوم بدون نیاز به اجازه ورثه‌ها جایز دانسته و به آن اجازه داده است. این دو قانون در مواد مزبور تصریح کرده‌اند که اگر سهم یکی از ورثه‌ها بیشتر از استحقاق او باشد، مازاد آن وصیت محسوب می‌شود و حکم وصیت بر آن زیادی اجرا می‌گردد.

۹. وصیت به دادن حقوقی ماهیانه از ترکه:

فقهای مالکیه و احناف و شافعیه دادن حقوق ماهانه از ترکه را جایز دانسته‌اند، این پرداخت حقوق از قبیل وصیت به اعیان است: زیرا وصیت به مقدار معینی از مال است که سالانه یا ماهانه یا روزانه از ترکه استخراج می‌شود،و تنها فرق آن با وصیت به مقداری از مالی در قسطی بودن آن است. هم‌چنین جایز است وصیت شود از عایدات ترکه حقوق پرداخت شود، در این صورت از قبیل وصیت به منافع است، زیرا وصیت به جزئی از عایدات بعضی از اعیان می‌باشد.

وصیت نخست اندازه گیری می‌شود تا نسبت آن با ترکه شناخته شود، اگر در میان یک سوم خارج شد نافذ می‌گردد و در صورتی که بیشتر از یک سوم باشد متوقف بر اجازه ورثه خواهد بود.

تنفیذ این وصیت با توجه به این‌که برای مدتی معین یا در طول حیات او باشد متفاوت است.

أ. اگر وصیت به حقوق در مدتی معین باشد، اعم از این‌که از اصل ترکه داده شود یا از عایدات آن، از دیدگاه جمهور فقهای حنفی و مالکی یک سوم ترکه نگاه داشته می‌شود تا این‌که هرماه آن مقداری که موصی تعیین کرده است از آن یا از عایدات آن داده شود هرچند یک سوم از وصیت بیشتر باشد.

و ابویوسف گفته است: از یک سوم مقداری که در مدتی معین حقوق از آن پرداخت شود نگاه داشته می‌شود و مازاد بر آن محبوس نمی‌شود زیرا مقصود تضمین تنفیذ وصیت است.

قانون کشور مصر در ماده (٦٤) مبتنی بر نظریه‌است که با نظریه ابویوسف نزدیک می‌باشد، این قانون تصریح کرده است که دارایی موصی به اندازه‌ای که تنفیذ وصیت تضمین شود و به ورثه‌ها ضرری وارد نشود نگاه داشته می‌شود.

ب. اما در صورتی که وصیت به حقوق در طول حیات باشد: باز در اندازه گیری و تنفیذ همانند وصیت در مدت معین است.

مدت حیات از دیدگاه مالک و ابویوسف به سن غالب برای اهل آن زمان در نظر گرفته می‌شود، پس از ترکه‌ی میت آن مقداری که برای آن مدت زمان کفایت کند نگاه داشته می‌شود.

قانون کشور مصر در ماده (٦٢) قضیه تخمین مدت حیات را به اطبای متخصص واگذار کرده است.

اگر موصی‌لَه قبل از پایان یافتن مدتی که اطبا تخمین زده‌اند بمیرد وصیت پایان می‌یابد. و در صورتی که بیشتر از آن مدت زندگی کند، اکثر فقها بر این باورند که می‌تواند برای دریافت حقوق ماهانه‌اش به ورثه‌ها رجوع کند.

ابن قاسم مالکی گفته است: حق ندارد به ورثه‌ها رجوع کند، قانون هم مبتنی بر این نظریه است.

جـ. وصیت به حقوق برای موردی خیریه برای همیشه: اگر وصیت برای موردی خیریه در مدتی معین باشد؛ در این صورت تخمین وصیت و تنفیذ آن همان روشی خواهد بود که در وصیت برای شخص معین برای مدتی معین خواهد بود.

و اگر وصیت مطلق و دایمی باشد: از عین ترکه مقداری که بتوان در این مدت آن حقوق را از آن دریافت نمود در حدود یک سوم نگاه داشته می‌شود، و مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه ورثه خواهد بود. اگر عایدات عین نگاه داشته شده افزون بر آن حقوق باشد، افزوده‌ی آن برای موصی‌لَه می‌باشد و در صورتی که کمتر از حقوقش باشد نمی‌تواند به ورثه رجوع کند. در ماده (٦٨) قانو ن مصر به همه‌ی این موارد تصریح شده است.

د. وصیت به حقوق برای طبقات: اگر وصیت به حقوق برای فلانی سپس بعد از او برای فرزندان باشد در قانون مصر ماده (٧٠) به دو شرط جایز است.

یکی از دو شرط این است که: وصیت از دو طبقه تجاوز نکند، اگر بیشتر از دو طبقه باشد در حق زاید باطل خواهد بود.

دوّم: موجود بودن همه افرادی که برایشان وصیت شده است در هنگام وفات موصِی. اگر برای فلانی وصیت کند سپس برای فرزندان او بعد از او ، و هنگام وفات موصِی فرزندی نداشته باشد سپس فرزندی برای او متولد شود، فرزندان جدید استحقاق چیزی را نخواهند داشت.

و اگر وصیت به حقوق برای چند طبقه در طول حیاتشان باشد، حیات موجودین به تأیید اطبا تخمین زده می‌شود هرچند در بین آنان جنینی باشد که زندگی او شصت سال تخمین زده شود.

و مدت وصیت به مقدار طولانی‌ترین آنان از جهت عمر تخمین زده می‌شود، اگر حیات یکی از موجودین هنگام وفات موصِی بیست سال تخمین زده شود و زندگی دیگری پنجاه سال، مدت پنجاه سال اعتبار می‌شود. و اگر پدر بعد از گذشت (۶۳) سال شمسی بعد از وفات موصی بمیرد، فرزندان او استحقاق چیزی را نخواهند داشت.

۱۰. حکم افزودن بر موصی به:

اگر بعد از وصیت کردن توسط وصیت‌کننده چیزی بر موصی‌به افزوده شود، از دیدگاه مالکیه این عمل رجوع از وصیت محسوب نمی‌گردد، قانون کشور مصر به این حکم عمل کرده و احوال و احکام افزودن را در ماده‌های (۷۱و ۷۵) تأیید کرده است، و به دنبال آن قانون کشور سوریه در ماده‌های (۲۵۴-۲۵۶) به این موضوع پرداخته است. در اینجا این احوال و احکام را که چهار تا هستند توضیح خواهم داد:

حالت اول: افزایشی که مستقل به خود نباشد:

هنگامی که موصی در موصی‌به چیزی را اضافه کند که مستقل و تنها نباشد از قبیل تعمیر مسکن و گچکاری آن، آن زیادی به موصی‌به الحاق شده و تمام آن مشمول وصیت خواهد بود و ورثه‌ها هیچ حقی در آن ندارند، زیرا این افزودنی جدای از آن عین ارزش مالی ندارد.

زیادی جزئی و اندکی که عادتاً مورد چشم پوشی می‌باشد نیز به آن ملحق می‌شود مانند افزودن حمام یا اتاقی کوچک که مسکن با این زیادی مجموعاً وصیت می‌شود. همچنان‌که زیادی مستقل در صورتی که مقصود موصی الحاق آن به عین باشد با قرینه ملحق می‌شود.

حالت دوّم: زیادی مستقل به نفس خود:

هنگامی که موصِی چیز مستقل از قبیل کاشتن درخت یا ساختن مسکن را در زمین وصیت شده بیفزاید، یا این‌که آن افزودنی بر اساس عرف و عادت آنان مورد چشم پوشی برای دیگران نباشد، در این صورت ورثه‌ها در کل عین موصی‌به با زواید آن با موصی‌لَه شریک می‌شوند و سهم ورثه‌ها به مقدار قیمت آن افزودنی محفوظ خواهد بود، یعنی قیمت درختکاری و ساختن مسکن بدون زمین.

حالت سوم- افزایش بر اثر ویران کردن ساخت قدیم و ساختار جدید:

هنگامی که موصِی زمین وصیت شده را به هم بزند و ساختار آن را با تغییر در نشانه‌هایش دوباره اعاده کند، مانند این‌که موصی‌به مسکن باشد آن را خراب کرده و با نقشه‌ای جدید یا با مواد دیگری بسازد در این صورت مسکن با حالت جدیدش به جای مسکن اولی مشمول وصیت خواهد بود و ورثه‌ها در آن حقی نخواهند داشت.

اما در صورتی که آن را طوری تغییر دهد که بر اساس عرف و عادت تجدید بنای اولی نباشد، مانند این‌که قبلاً یک طبقه بوده و حالا چندین طبقه باشد، ساختمان بین ورثه‌ها و موصی‌له مشترک خواهد بود، و سهم موصی‌لَه با توجه به قیمت زمین آن خواهد بود و سهم ورثه‌ها با توجه به قیمت ساختمان آن محفوظ خواهد بود.

هم‌چنین اگر زمین تازه‌ای را به زمین قدیمی اضافه کند، عمارت جدید مشترک بین ورثه‌ها و موصی‌له خواهد بود و سهم وصیت قیمت زمینی خواهد بود که وصیت شده است زیرا با از بین رفتن ساختمان وصیت در زمین منحصر می‌شود. و سهم ورثه‌ها به نسبت قیمت فعلی ساختمان و قیمت زمینی خواهد بود که وصیت نشده است.

حالت چهارمی: گنجاندن دو ساختمان در یکدیگر:

هنگامی که موصِی ساختمان وصیت شده را با ساختمان دیگری به یک واحد مسکونی تبدیل کند که تحویل دادن عین وصیت شده به تنهایی بدون آن ممکن نباشد، مانند این که دو مسکن بوده باشند سپس آن دو را در هم ادغام نموده و به یک واحد مسکونی تبدیل کند در این صورت موصی‌له به مقدار قیمت مسکن وصیت شده قبل از تغییر و تحول با ورثه‌ها شریک می‌گردد.

مطلب ششم: مقدار وصیت:

در مبحث شروط وصیت به صریح حدیث ((الثُّلثُ والثُّلثُ کثیر)) دانستیم که حق انسان در وصیت مقید به یک سوم ترکه‌اش می‌باشد، بنابراین مقدار وصیت یک سوم می‌باشد:

أ. اگر موصِی وارث داشته باشد:

جمهور فقها غیر از علمای ظاهریه و مالکیه بر این اعتقادند که: وصیت در مازاد بر یک سوم بدون اجازه آنان نافذ نمی‌گردد، زیرا خداوند تنها در یک سوم به موصی حق تصرف و دخالت داده است تا این‌که از حق ورثه‌ها حمایت شده باشد، اگر آنان از حقشان گذشتند در این صورت وصیت نافذ می‌گردد، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((إنَّکَ اِن تَذَرهُم اَغنِیاءَ)) : اگر آنان را بی‌نیاز رها کنی بهتر است.

اگر بعضی‌ها اجازه دهند و بعضی‌ها مانع شوند، وصیت در سهم آنان که اجازه دهند نافذ می‌گردد و در حق مابا‌قی باطل است. آنگاه ترکه با دو فرض اجازه دادن بعضی و مانع شدن بعضی دیگر تقسم می‌گردد، آنان که اجازه دهند سهمیه‌شان را با توجه به تقسیم اوّل دریافت می‌کنند و آنان که اجازه ندهند با توجه به تقسیم دوّمی سهمیه‌شان را دریافت می‌کنند.

علمای مالکیه و ظاهریه می‌گویند: با عمل به ظاهر حدیث سعد: ((الثُّلثُ والثُّلثُ کثیر)) وصیت در مازاد بر یک سوم هرچند ورثه‌ها اجازه دهند نافذ نمی‌گردد.

ب.اگر موصِی وارث نداشته باشد:

از دیدگاه علمای حنفی وصیت در مازاد بر یک سوم نافذ می‌گردد هرچند کل دارایی‌اش را وصیت کرده باشد، زیرا مانع شدن از تنفیذ مازاد بر یک سوم حق ورثه‌ها بود، آنجا که هیچ وارثی وجود نداشته باشد، هیچ حقی وابسته به مازاد بر یک سوم نخواهد بود لذا وصیت در آن نافذ می‌گردد.

اما چنان که سابقاً بیان شد جمهور فقها بر این باورند که وصیت در مازاد بر یک سوم نافذ نمی‌گردد، زیرا مازاد بر یک سوم حق همه مسلمانان است و کسی از طرف همه مسلمانان به او چنین اجازه‌ای را نداده است، بنابراین وصیت او نافذ نمی‌گردد.

قانون کشور مصر در ماده (۲/۳۷) و سوریه در ماده(٤/٢٣٨) مبتنی بر نظریه اوّل است، بنابراین قوانین وصیت در مازاد بر یک سوم در صورتی که وصیت کننده هیچ وارثی نداشته باشد بدون توقف بر اجازه احدی نافذ می‌گردد.

اجازه ورثه‌ها برای مازاد بر یک سوم:

وصیت در مازاد بر یک سوم جز با اجازه ورثه‌ها نافذ نمی‌گردد، در این اینجا اموری را در ارتباط با اجازه توضیح می‌دهم[1]:

نخست: وقت اجازه:

ائمه مذاهب اربعه بر این باورند که اجازه ورثه بعد از مرگ موصِی مقبول و ملزم می‌گردد، بنابراین اگر در حیات موصِی اجازه یا ردّی از آنان صادر شود معتبر نخواهد بود، زیرا ملکیت ترکه بعد از مرگ موصِی برای آنان ثابت می‌شود لذا اجازه و رد کردن آنان بعد از ثبوت ملکیت برایشان معتبر دانسته می‌شود. لیکن علمای مالکیه گفته‌اند: اگر وارث در حال بیماری ترسناکی که موصِی به آن گرفتار شده است و بعد از آن به صحت و سلامتی دست نیابد اجازه دهد آن اجازه بر او لازم می‌شود مگر این‌که عذری بر اثر جهل داشته باشد یعنی نسبت به لزوم اجازه در حال بیماری‌اش جاهل باشد.

دوّم: کسی که مالک اجازه و رد است:

کسی که اجازه می‌دهد یا رد می‌کند باید دو شرط داشته باشد که عبارتند از:

نخست: اجازه دهنده اهل بخشش باشد: عاقل، بالغ و رشید باشد، بنابر این اجازه‌ی صغیر، دیوانه، معتوه، محجورعلیه به خاطر سفه و عته یا غفلت جایز نیست، زیرا اجازه ساقط کردن حقی است، بنابراین اجازه بخشش است و جز کسی که اهل بخشش باشد نمی‌تواند مالک آن شود.

ولی نیز نمی‌تواند وصیت را اجازه دهد، زیرا تصرفات ولی مشروط به مصلحت است و بخشش با مال مولی‌علیه به مصلحت او نیست.

---

[1] . الدر المختار:۵/ ۴۶۴، الشرح الصفیر:۵۸۶/۴، ۵۹۵، مغنی المحتاج: ۴۳/۳-۴۷،المغنی ۵/۶ به بعد، القوانین الفقهیة ص۴۰۶-۴۰۸، کشاف القناع: ۳۷۸/۴.

دوّم: اجازه دهنده باید به چیزی که اجازه‌ی آن را می‌دهد عالم باشد: لـذا اجـازه‌ی وارث در صورتی که عالم به موصی‌به نباشدمعتبر دانسته نمی‌شود، اگر عالم بـه وصـیت بـوده سـپس اجازه دهد تنفیذ می گردد.

سوم: جهت دریافت ملک بعد از اجازه:

فقها در بیان دریافت ملکیت موصی‌به توسط موصی‌له بعد از اجازه ورثه‌ها دو نظریه دارند:

جمهور فقها طبق قول راجح نزد شوافع می‌گویند: موصی‌له از طرف موصِی مالک مازاد بر یک سوم می‌شود، نه از جانب اجازه دهنده، و اجازه‌ی ورثه‌ها تنفیذ و تأیید تصـرف موصِـی در مازاد بر یک سوم ترکه است، نه بخششی جدید، زیرا وصیت عبارت است از تصرف موصِی در دارایی‌اش، جز این‌که تنفیذ آن به خاطر تعلق حق ورثه‌ها به آن متوقف است و این تعلـق مـانع آن نیست که موصِی در ملکش تصرف کرده باشد.

علمای مالکیه و در قول ضعیفی علمای شافعی گفته‌اند: موصی‌لَه مالک مازاد بر یک سـوم از جهت اجازه‌دهنده به طریق هبه و بخشش می‌شود به خاطر تعلق حـق ورثـه بـه آن زیـادی، بنابراین اجازه‌ی وارث بخشش جدیدی است و تملیک آن هم حق او خواهـد بـود. هـم‌چنـین وصیت برای وارث بخششی جدید است.

فایده اختلاف در وجوب تسلیم موصی‌به نمایان می‌شود، بنابر نظریه اوّل، وارث بر تسـلیم عین موصی‌به مجبور کرده می‌شود، و بنابر نظریه دوّم: وارث بر تسلیم موصی‌به مجبور نمی‌شود، زیرا اجازه، بخششی است از جانب او، و کسی که به او بخشش شده است تنها با تحویل گرفتن هبه مالک آن می‌گردد و قبل از قبض در ملکیت بخشنده خواهد بود و انسان بـر چیـزی کـه در ملکیت اوست مجبور کرده نمی‌شود.

وقت اندازه گیری یک سوم:

فقها در وقت تعیین مقدار یک سوم ترکه با توجه به این‌که هنگام وفات موصِی خواهد بود یا هنگام تقسیم ترکه دو نظریه دارند.

مذهب جمهور فقهای (احناف، مالکیه و شافعیه) بر این است که: تعیین مقدار یـک سـوم روز تقسیم ترکه و مشخص شدن سهمیه‌ها می‌باشد، زیرا آن روز هنگام اسـتقرار ملـک و تنفیـذ

وصیت و دادن حق هر صاحب حقی می‌باشد. بنابراین نقصی که در قیمت ترکه ایجاد می‌شود یا عینی که هلاک شود از سهمیه همه ورثه‌ها خارج می‌شود.

و مذهب علمای شافعی بر این است که: زمان تعیین یک سوم روز وفات موصِی می‌باشد؛ بنابراین هر زوایدی از قبیل ولد، ثمره، اجره و .. . که بعد از وفات موصِی در موصی‌به معین ایجاد شود ملک خالص موصی‌لَه خواهد بود و جزو یک سوم محسوب نمی‌گردد، زیرا از اضافات ملک وصیت شده می‌باشد.

آنچه از قانون کشور مصر ماده (۲۵) مفهوم است عمل به رأی دوّم می‌باشد، زیرا این ماده با صراحت بر مفهوم مذهب شافعی تصریح کرده است که ملک برای موصی‌لَه با قبول از لحظه وفات ثابت می‌شود و زواید موصی‌به ملک موصی‌لَه خواهد بود، و در مقدار یک سوم داخل نمی‌شود؛ زیرا از اضافات ملک او بوده است.

مطلب هفتم: وصیت برای وارث:

در شرط موصی‌لَه در ارتباط با تنفیذ وصیتش این موضوع را مورد بحث و بررسی قرار داده و رأی اکثر فقها مبنی بر عدم صحت و نافذ نشدن وصیت برای وارث جز با اجازه دیگر ورثه‌ها را بیان کرده‌ام.

اما قانون وصیت کشور مصر در ماده (۳۷) وصیت برای وارث را بدون توقف بر اجازه ورثه‌ها مبتنی بر نظر شیعه امامیه را جایز دانسته است. در این ماده چنین آمده است:

((وصیت کردن یک سوم دارایی برای وارث و غیر وارث صحیح بوده و بدون اجازه ورثه‌ها نافذ می‌گردد، وصیت کردن بیشتر از یک سوم هم جایز است اما در مازاد بر یک سوم جز با اجازه ورثه‌ها بعد از وفات موصِی نافذ نمی‌گردد؛ مشروط بر این‌که آنان اهل بخشش بوده و نسبت به چیزی که اجازه‌ی تنفیذ آن را می‌دهند علم کامل داشته باشند.

و وصیت کسی که بدهکار نبوده و هیچ وارثی هم نداشته باشد نسبت به کل دارایی‌اش یا بعضی از آن بدون توقف بر اجازه خزانه‌داری عمومی صحیح است.)).

در توضیح تفسیری این ماده آمده است: صحت وصیت برای وارث مشروط بر این‌که مازاد بر یک سوم دارایی نباشد مذهب جمهور فقهاست[1] و نفاذ آن از آیه‌ی کریمه‌ی ۱۸۰ سوره

[1] . در حقیقت این نظریه بعضی از علماست نه جمهور.

بقره گرفته می‌شود آنجا که خداوند می‌فرماید: ﴿کُتِبَ عَلَیکُم إذا حَضَرَ﴾[1]، این مطلب که گفته شد نظریه دسته‌ای از مفسرین از جمله ابومسلم اصفهانی می‌باشد.

مطلب هشتم: وصیت به مقدار سهم یک وارث:

این نوعی وصیت کردن چیزی مجهول است، فقها اتفاق نظر[2] دارند بر این‌که وصیت کردن مقدارِ سهم یک وارث بدون تعیین یا به اندازه مقدار سهم وارثی معین مانند وصیت کردن به اندازه سهم پسر یا دختر یا خواهرش یا به اندازه سهم وارثی معدوم مانند وصیت برای فلانی مانند سهم پسری اگر به وجود بیاید، صحیح است زیرا این وصیت به مقدار سهم کسی است که سهم او ذکر شده و مثلِ چیزی، سهم دیگری غیر از آن است.

اگر ورثه‌ها در ارث مساوی باشند مانند چند برادر، در این صورت برای موصیٰ‌لَه به اندازه سهم یکی از آنان خواهد بود و مانند یکی از ورثه‌ها قرار داده می‌شود که به آنان اضافه شده است.

و در صورتی که مساوی نباشد از دیدگاه جمهور فقها (غیر از مالکیه) به اندازه سهم کمترین آنان به او داده می‌شود، زیرا سهم یکی از آنان است، پس آن یقینی می‌باشد، و مازاد بر کمترین سهم مشکوک است.

علمای مالکیه، ابن ابی لیلی و زفر و داود ظاهری گفته‌اند: اگر مساوی باشند از اصل دارایی به مقدار سهم یکی از آنان به موصیٰ‌لَه داده می‌شود و مابقی دارایی بین ورثه‌ها تقسیم می‌شود زیرا سهم قبل از تقسیم از اصل دارایی در نظر گرفته می‌شود، اگر وصیت کند که به اندازه سهم پسرش به کسی داده شود و تنها یک پسر داشته باشد، وصیت به تمام دارایی خواهد بود اگر پسرش اجازه تنفیذ آن را صادر کند، در غیر این صورت یک سوم ترکه برای موصیٰ‌لَه

---

1. در آیه مزبور چنین آمده است: ﴿کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّةُ لِلْوَالِدَیْنِ وَالأَقْرَبِینَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِینَ﴾ ((هنگامی که یکی از شما را (امراض مخوف و اسباب و علل) مرگ فرا رسد، اگر دارائی فراوانی (با توجّه به عرف محلّ) از خود به جای گذاشت، (از سوی خدا قانون) وصیّت بر شما واجب شده است (و باید) برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیّت کند. این حق (واجبی) است بر پرهیزکاران.))

2. الکتاب مع اللباب: ۱۷۵/۴، تکملة الفتح:۷/ ۴۴۳، الشرح الصغیر:۴/ ۵۹۷- ۵۹۹، القوانین الفقهیة: ص ۴۰۶، المهذب:۱/۴۵۷، المغنی:۶/ ۳۲-۳۶، غایة النتهی:۲/۳۷۰ و ما بعد آن.

خواهد بود، اگر دو پسر داشته باشد، وصیت به نصف دارایی‌اش خواهد بود و در صورتی که سه پسر داشته باشد وصیت به یک سوم خواهد بود.

فقها در وصیت به مقدار سهم یک وارث معین در هنگام وفات موصِی اختلاف نظر دارند: مثال این مورد مانند این‌که سهم پسری یا دختری را در هنگام وفاتش برای کسی وصیت کند.

آنچه که سه امام مذهب حنفی بر آنند و قول راجح مذهب شافعی می‌باشد این است که: چنین وصیتی باطل است، زیرا وصیت کردن مال غیر است، زیرا سهم پسر چیزی است که بعد از وفات موصِی به او می‌رسد بر خلاف این‌که بگوید: به مقدار یا مانند سهم پسرش وصیت باشد برای فلانی، زیرا مثلِ چیزی غیر از آن است نه عین آن.

و نظر زفر و مالکیه و حنابله بر آن است که: چنین وصیتی صحیح است و مانند وصیت کردن به مقدار یا مانند سهم وارث محسوب می‌گردد، زیرا مقصود از ذکر سهم پسر تعیین اندازه وصیت به مقدار آن می‌باشد و مقصد آن نیست که آنچه که بعد از مرگ او به پسرش می‌رسد را برای کسی وصیت کند تا این‌که مال دیگری را وصیت کرده باشد و این مطلب در لغت و عرف شرع جایز است، و قانون کشور مصر در ماده (۴۰) مبتنی بر آن است.

مقداری که موصی‌لَه در مثل این‌گونه وصیت‌ها استحقاق آن را می‌یابد:

راهی که انسان را به شناخت مقدار موصی‌به می‌رساند بر حسب هر حالتی مختلف است.

حالت اوّل- وصیت به مثل سهم وارثی معین که هنگام وفات موصِی موجود باشد:

در این صورت ترکه بین ورثه‌ها تقسیم می‌شود، سپس بر اصل مسأله سهم موصی‌لَه اضافه کرده می‌شود. مثلاً اگر کسی بمیرد در حالی که سه پسر داشته باشد، در این صورت اصل فریضه سه سهم خواهد بود برای هر یک از پسرهایش یک سهم اختصاص داده می‌شود سپس بر اصل مسأله سهم چهارمی هم اضافه می‌شود که سهم موصی‌لَه باشد، پس اصل مسأله از عدد چهار خواهد بود و نیازی به اجازه ورثه‌ها نیست؛ زیرا سهم موصی‌لَه کمتر از یک سوم است.

و اگر انسانی به مانند سهم پسرش را برای کسی وصیت کند، سپس بمیرد در حالی که یک پسر و یک دختر دارد، اصل مسأله تقسیم اموال عدد سه خواهد بود، برای پسر دو سهم، و برای دختر یک سهم، سپس بر اصل مسأله دو سهم به مانند سهم پسر اضافه کرده می‌شود، و اصل مسأله به پنج سهم می‌رسد، از این پنج سهم دو سهم به موصی‌لَه داده می‌شود، و به خاطر این‌که

سهم او بیشتر از یک سوم است تنفیذ آن در بخش مازاد بر یک سوم متوقف بر اجازه ورثه خواهد بود.

حالت دوم – وصیت به مانند سهم وارثی غیر معین باشد:

در این صورت یا سهم ورثه‌ها مساوی است یا متفاوت، در حالت تساوی: بر اصل مسأله سهمی مانند سهم ورثه‌ها اضافه می‌شود.

و در حالت تفاوت: از دیدگاه جمهور فقها غیر از مالکیه سهمی به مقدار کمترین سهم ورثه‌ها اضافه می‌شود.

مثال حالت اوّل: موصِی دو دختر و یک خواهر شقیقه داشته باشد، در این صورت اصل مسأله عدد ۳ خواهد بود؛ برای خواهر یک سهم، و برای هر یک از دو دختر یک سهم در نظر گرفته می‌شود سپس سهم چهارمی هم به آن اضافه می‌شود؛ لذا به چهار سهم تقسیم می‌شود.

مثال حالت دوّم: موصِی دو دختر و یک خواهر شقیقه و یک زوجه داشته باشد، در این صورت اصل مسأله عدد (۲٤) خواهد بود؛ برای دو دختر دو سوم یعنی(۱٦) سهم، و برای همسر (زوجه)یک هشتم یعنی (۳) سهم در نظر گرفته می‌شود و ما باقی که (۵) سهم است برای خواهر شقیقه خواهد بود، سپس بر اصل مسأله به مقدار کمترین سهم‌ها یعنی سهم زوجه که (۳) سهم می‌باشد سهمی هم برای موصی‌لَه اضافه می‌شود که در این صورت ترکه به ۲۷ سهم تقسیم می‌شود.

حالت سوم: وصیت به مانند سهم وارثی معدوم:

مانند این‌که بگوید: وصیت کردم برای فلانی سهم پسری را یا مانند سهم پسری اگر متولد شود، زیرا از دیدگاه غیر احناف و شوافع بین این دو حالت فرق نیست.

در این صورت ترکه بر ورثه‌هایی که در حال حاضر موجود هستند تقسیم می‌گردد، سپس بر سهم‌های تقسیم شده به مقدار سهم پسری معدوم اضافه کرده می‌شود، و این سهم مشروط بر این‌که در حدود یک سوم باشد یا ورثه‌ها مازاد بر یک سوم را اجازه دهند برای موصی‌لَه خواهد بود، چنان که در حالت اوّل بیان شد.

حالت چهارم: وصیت به مانند سهم یکی از ورثه‌ها و برای شخص دیگری سهم معلومی که بین دارایی‌اش پراکنده باشد:

مثال این مورد مانند: وصیت به اندازه سهم فلان پسرش، و وصیت به یک چهارم ترکه برای شخصی دیگر.

روش استخراج دو وصیت طبق قول صحیح نزد احناف و حنابله بـه ایـن ترتیـب اسـت: وصیت مانند سهم یک وارث که با آن مساوی باشد اندازه گیری شود مثل ایـن‌کـه غیـر از آن، وصیت دیگری وجود ندارد، سپس یک سوم ترکه در صـورتی کـه وسـعت هـر دو وصـیت را نداشته باشد و ورثه‌ها اجازه مازاد بر یک سوم را ندهند بین دو موصی‌لَه با توجه به سهم وصیت شده بر ایشان تقسیم می‌شود.

اگر کسی به مانند سهم پسر معینش برای کسی، و همزمان یک چهارم دارایی‌اش را بـرای شخص دیگری وصیت کند، و در حالی بمیرد که دو پسر داشته باشد، اصـل دارایـی او بـه دو بخش تقسیم می‌شود، سهم دیگری مانند سهم یکی از پسرهایش بر آن اضافه می‌شود یعنی ترکه به سه بخش تقسیم می‌شود و یک سوم آن به موصی‌لَـه داده مـی‌شـود، و در ایـن صـورت دو وصیت وجود دارد: یکی به یک سوم ترکه، و دیگری به یک چهارم، لذا به حسابی نیاز داریم که هم یک سوم داشته باشد و هم یک چهارم، کمترین عددی که یک سوم و یـک چهـارم داشـته باشد عدد ۱۲ است؛ یک سوم آن که چهار سهم است برای آن موصی‌لَه خواهد بود که به ماننـد سهم یکی از ورثه‌ها برایش وصیت شده است و یک چهارم آن که سه سهم می‌باشـد بـرای آن موصی‌لَه خواهد بود که یک چهارم برایش وصیت کرده است و ماباقی بر دو پسـر بـه صـورت مساوی تقسیم می‌شود.

و هنگامی که مجموع دو وصیت از یک سوم ترکه بیشتر باشد تنفیذ آن متوقف بـر اجـازه ورثه‌ها خواهد بود، در صورتی که اجازه ندهند، یک سوم بین دو موصی‌لَه بـه صـورت هفـت سهم تقسیم می‌شود؛ چهار سهم به صاحب یک سوم داده و سه سهم هم به صاحب یک چهارم می‌شود.

قانون کشور مصر ماده (۴۰-۴۲) مبتنی بر این تقسیم است.

مطلب نهم: وصیت به جزءها:

در مبحث وصیت به مجهول بیان کرده‌ام که: اگر کسی برای شخصی جزء یا سهم، یا بخش یا چیزی از دارایی‌اش را وصیت کند [مقدار آن را تعیین نکند]، از دیدگاه جمهور فقها ورثـه‌هـا اختیار دارند مقداری از مال را که خوشان بخواهند به او بدهند. و از دیدگاه مالکیه یک سهم از سهام ترکه به او داده می‌شود سپس باقی دیگر بر ورثه‌ها تقسیم می‌گردد.

مطلب دهم: تنفیذ وصیت:

هنگامی‌که همه‌ی ترکه مال موجود و حاضر باشد، نه چیزی از آن غایب و نه به صورت بدهی بر دیگری باشد، وصیت از مجموع دارایی تنفیذ می‌گردد در این صورت موصی‌به چه نقود مرسله یعنی غیر معین مانند هزار دینار باشد یا چیزی معین مانند مسکنی معین، یا سهمی پراکنده مانند یک چهارم یا یک سوم ترکه باشد، در این صورت همه ترکه در نظر گرفته می‌شود و موصی‌لَه سهم خود را از مجموع آن دریافت می‌کند.

اما در صورتی که بعضی از ترکه حاضر و بعضی دیگر به صورت بدهی یا غایب باشد، در این صورت تنفیذ وصیت بر حسب احوال متفاوت خواهد بود، زیرا گاهی بخشی از ترکه به صورت بدهی نزد شخص اجنبی یا یکی از ورثه می‌باشد.

نخست: در ترکه بدهی بر شخص اجنبی، یا بخشی از ترکه غایب باشد:

این صورت چهار حالت دارد:

حالت نخست: موصی‌به مال مرسل یعنی غیر معین مثلاً هزار دینار باشد: در صورتی که موصی‌به از یک سوم دارایی حاضر استخراج شود، موصی‌لَه آن را دریافت می‌کند، زیرا در این صورت هیچ ضرری متوجه ورثه‌ها نمی‌گردد، زیرا دو سوم مال حاضر برایشان باقی می‌ماند.

و در صورتی که موصی‌به از یک سوم ترکه حاضر خارج نشود، موصی‌لَه به مقدار یک سوم ترکه‌ی حاضر را دریافت می‌کند و باقیمانده برای ورثه‌ها خواهد بود و هرگاه چیزی از مال غایب دریافت شد موصی‌لَه هم سهم خود را از آن دریافت می‌کند تا این‌که به کامل حقش برسد، این مورد مطابق دیدگاه علمایس حنفیه بود.

حالت دوّم: موصی‌به عین معینی مانند: مسکن معین یا پول معینی مانند این پولها یا پولهایی که نزد فلانی به ودیعه گذاشته شده است، باشد.

حکم این مورد هم همانند حکم مسأله سابق است، و این هم رأی مالکیه می‌باشد، زیرا بقای عین موقوفه تقسیم را به تأخیر می‌اندازد، و گاهی هم تأخیر به ورثه‌ها ضرر وارد می‌نماید، و در تملک باقی عین ضرر از آنان منتفی است، و هیچ ضرری بر موصی‌لَه نیست، زیرا در مقابل باقی سهمش قیمت آن را دریافت می‌کند. اگر قیمت مسکن مساوی با یک هزار باشد، ترکه حاضر و موجود یک هزار و پانصد باشد، و به مقدار یک هزار و پانصد غایب باشد، موصی‌لَه استحقاق نصف مسکن را می‌یابد که مساوی با یک سوم ترکه است، و نصف باقی برای ورثه‌ها

خواهد بود، و هرگاه چیزی از مالِ غایب حاضر شود موصیٰ‌لَه یک سوم آن را دریافت می‌کند تا این‌که قیمت آن نصفی را که ورثه‌ها دریافت کرده‌اند به دست آورد.

قانون کشور مصر در ماده (۴۳) و سوریه در ماده (۲٤۱) مبتنی بر نظریه مقرر در دو حالت است، نخست از مذهب حنفی، و دومی از مذهب مالکی به علت آسانی آن می‌باشد.

علمای احناف در حالت دوّم می‌گویند: موصیٰ‌لَه از عین معین به مقدار یک سوم ترکه‌ی حاضر سهمش را دریافت می‌کند و باقی سهم او از آن عین متوقف خواهد بود، هنگامی که بعضی از مال غایب حاضر شود، موصیٰ‌لَه از باقی عین به مقدار آن‌چه که با یک سوم مالِ حاضر مساوی باشد دریافت می‌کند تا این‌که کل عین را به دست آورد، در صورتی که مال غایب هلاک شود باقیمانده‌ی عین برای ورثه‌ها خواهد بود، زیرا وصیت مرتبط با این عین است، وصیت در صورت امکان از آن عین تنفیذ می‌گردد، تا مطابق اراده‌ی موصِی بوده باشد، و باقی عین تا زمان تعیین وضعیتِ غایب معلق خواهد ماند، هنگامی که حاضر شود وصیت در کل عین تنفیذ می‌گردد و اگر حاضر نشود باقی آن برای ورثه‌ها خواهد بود.

بنابراین نصف باقی در مثال سابق متوقف خواهد بود، هنگامی که چیزی از مالِ غایب حاضر شود، موصیٰ‌لَه از باقی مسکن مقداری که با یک سوم مال حاضر مساوی باشد دریافت می‌کند.

حالت سوم: وصیت به سهمی پراکنده در ترکه باشد مانند یک سوم یا یک چهارم دارایی:

در این حالت موصیٰ‌لَه با ورثه‌ها در جمیع دارایی اعم از مال حاضر، غایب، بدهی و عین آن شریک می‌شود، پس سهمش را از مال حاضر دریافت می‌کند، مثلاً یک چهارم؛ و هرگاه چیزی از مال غایب حاضر شود سهمش را از آن دریافت می‌کند.

اتفاق فقها بر این مورد ثابت است، و قانو ن کشور مصر در ماده (٤٤) وسوریه در ماده (۲٤۲) مبتنی بر آن است.

حالت چهارم: وصیت به سهمی پراکنده در بین نوعی از دارایی مانند یک چهارم منازلش در محله‌ای معین یا یک چهارم اموال تجاری‌اش یا بدهی‌هایی که بر تجار دارد.

أ. اگر نوعی که سهمی از آن وصیت شده حاضر باشد، موصیٰ‌لَه سهم خویش را از آن دریافت می‌کند، مشروط بر این‌که سهم او از یک سوم خارج شود، در غیر این صورت به مقدار یک سوم آن را دریافت می‌کند و باقیمانده برای ورثه‌ها خواهد بود و هرگاه چیزی از مال غایب

حاضر شود، موصی‌لَه به مقدار یک سوم آن را دریافت می‌کند و باقیمانده برای ورثه‌ها می‌ماند تا این‌که سهم خود را از آن به طور کامل دریافت کند.

اگر ورثه‌ها در جزء باقی از آن نوعی که سهمی از آن وصیت شده است تصرف کنند یا آن را اصلاح و تزیین کنند و در دادن آن به موصی‌لَه برای آنان ضرر باشد در این صورت می‌توانند قیمت باقیمانده‌ی وصیت را به او بدهند.

ب. در صورتی که آن نوع از مال که سهمی از آن برای شخصی وصیت شده است غایب باشد یا قسمتی حاضر و قسمتی غایب باشد: علمای حنابله و زفر گفته‌اند: موصی‌لَه در این حالت سهمش را به نسبت قسمت حاضر از آن نوع دریافت می‌کند، و هرگاه قسمت دیگرش حاضر شود به نسبت سهم خویش از آن را دریافت و باقیمانده برای ورثه‌ها خواهد بود.

و علمای احناف غیر از زفر گفته‌اند: موصی‌لَه همه آنچه از مال حاضر و غایب را تا زمانی که حقش را به صورت کامل دریافت کند می‌گیرد و هیچ یک از ورثه‌ها با او شریک نخواهد بود مشروط بر این‌که سهم وصیت شده برای او از یک سوم کل ترکه‌ی حاضر خارج شود.

قانون کشور مصر ماده (٤٥) مبتنی بر رأی اوّل است.

دوّم: در ترکه بدهی بر یکی از ورثه‌ها باشد: سه حالت دارد:

حالت اوّل: دین مؤجل باشد:

حکم آن در همه حالات گذشته همانند حکم آن بدهی است که بر شخص اجنبی می‌باشد، موصی‌لَه تنها سهمش را از دارایی حاضر و در حدود یک سوم دریافت می‌دارد، هنگامی که وقت پرداخت بدهی فرا رسد آنگاه مقدار وصیت برایش کامل می‌شود.

حالت دوّم: هنگام وفات موصِی یا تقسیم ترکه وقت پرداخت بدهی فرا رسیده باشد و آن بدهی کمتر از سهم وارث بدهکار در ترکه یا مساوی با آن باشد.

بین بدهی و سهم بدهکار اگر بدهی از جنس ترکه‌ی حاضر باشد تسویه انجام می‌گیرد و با این تسویه بدهی مال حاضر محسوب می‌شود.

اگر کسی یک هزار [درهم یا دینار یا ..] را وصیت کند و دو پسر داشته باشد که یکی از آنها به مقدار یک هزار بدهکار باشد، و ترکه‌ی او هم به مقدار سه هزار باشد، در این صورت ترکه به سه سهم تقسیم می‌شود، برای هر یک از دو پسر یک سهم اختصاص داده می‌شود و سهم دیگر به موصی‌لَه داده می‌شود و بدهی به صورت حاضر اعتبار می‌شود، پس موصی‌لَه یک

هزار را دریافت می‌کند و پسری که بدهکار نیست او هم یک هـزار، زیـرا بـین بـدهی و سـهم دیگری تسویه صورت می‌گیرد و سهم او از ترکه ساقط می‌شود.

اما در صورتی که بدهی از جنس مال حاضر نباشد، تسویه صورت نمی‌گیرد، بلکـه سـهم وارث بدهکار از ترکه همانند رهن در گرو قرار داده می‌شود، هنگامی که بدهی‌اش را پرداخـت نماید سهمش به او داده می‌شود، و در غیر این صورت قاضی سهم او را مـی‌فروشـد و بـدهی استحقاق یافته برای ترکه را از پول آن پرداخت می‌نماید.

حالت سوم: بدهی مستحق الاداء باشد، یعنی هنگام تقسیم ترکـه وقـت پرداخـت آن فـرا رسیده باشد و سهم وارث کمتر از آن باشد:

در این حالت مازاد بر سهم او همانند بدهی بر شخص اجنبی در نظر گرفته می‌شود یعنـی مال غایب اعتبار می‌گردد و آنچه در مقابل مقدار سهم او باشد مال حاضر در نظر گرفته می‌شود، در این صورت موصی‌لَه از وصیت به مقدار یک سوم کل ترکه‌ی حاضر دریافت می‌کند سـپس یک سوم آن مقداری که زاید بر بدهی است را دریافت می‌کند تا به کامل وصیتش برسد.

این احکام برگرفته از مذهب ابوحنیفه می‌باشد و قانون کشور مصر در ماده (٤٦) و سوریه در ماده (۲٤۲/ ۲-۳) مبتنی بر آن می‌باشد و هر یک از این قوانین اضافه کرده‌اند که انواع نقد و اوراق آن یک جنس واحد در تسویه اعتبار می‌گردد.

مبحث چهارم: مبطلات وصیت

وصیت با چند سبب باطل می‌شود: سبب ابطال یا از جانب وصیت کننده می‌باشد؛ مانند: پشیمان شدن او، از دست دادن اهلیت یا ارتداد، و یا از جانب موصی‌لَه است؛ مانند: رد کردن، مردن او یا کشته شدن وصیت‌کننده توسط او، یا از موصی‌به است؛ مانند هلاک عین وصیت شده یا مال دیگری بودن آن، این سبب‌ها عبارتند از[1]:

۱. از بین رفتن اهلیت موصِی بر اثر دیوانگی فراگیر و بیماری‌های دیگری مشابه آن:

از دیدگاه احناف وصیت بر اثر دیوانگی فراگیرنده و شامل و بیماری‌های دیگری مانند سبک مغزی چه متصل به مرگ باشد یا نه، این‌که قبل از مرگ شفا یابد، وصیت را باطل می‌کند، زیرا وصیت همانند وکالت عقدی غیر لازم می‌باشد، پس برای بقای آن حکم ابتدای آن لازم است، آنجا که دیوانه بر اثر معتبر نبودن سخنش اهلیت ایجاد وصیت را ندارد، عارض شدن دیوانگی مطلق (شامل شونده و فراگیر) آن را باطل می‌کند.

از دیدگاه ابویوسف که قانون هم مبتنی بر آن است دیوانگی مطبق آن است که یک ماه یا بیشتر طول بکشد. و از دیدگاه محمد آن است که یک سال طول بکشد. سبک مغزی و بی‌خردی هم حکم دیوانگی را دارد. اگر دیوانگی مطبق نباشد وصیت را باطل نمی‌کند، زیرا در این صورت با بی‌هوشی شباهت دارد و به خاطر این‌که عقل را زایل نمی‌کند باطل کننده عقد نمی‌باشد، هم‌چنان که با حَجر بر وصیّت‌کننده بر اثر سفه یا غفلت باطل نمی‌شود.

قانون کشور مصر ماده (١٤، ١٦) و سوریه ماده (۲۲۰/أ) به این احکام عمل کرده است، لیکن دیوانگی مطبق را مشروط بر این‌که متصل به مرگ باشد باطل کننده وصیت دانسته است.

---

[1]. البدایع: ۳۹۴/۷، الدر المختار: ۴۶۹/۵-۴۷۱، الشرح الصغیر: ۴/ ۵۸۴- ۵۸۷، الشرح الکبیر: ۴/ ۴۲۶- ۴۲۸، مغنی المحتاج:۳۹/۳، ۷۱، و ما بعد آ»، المهذب: ۱/ ۴۶۱ و ما بعد آن، غایة المنتهی:۲/ ۳۵۳ و ما بعد آن، کشاف القناع::۴/۴۱۸.

اما جمهور فقها غیر از احناف بر این باورند که: وصیت بر اثر دیوانگی باطل نمی‌شود چه مطبق باشد یا غیر مطبق، متصل به مرگ باشد یا نه، مشروط بر این‌که وصیت‌کننده هنگام وصیت کردن دارای اهلیت کامل یعنی بالغ و عاقل بوده باشد، زیرا در صحت عقود و تصرفات تحقق اهلیت تنها هنگام ایجاد آن شرط است، و زوال اهلیت بعد از تحقق عقد در صحت آن تأثیری ندارد، به دلیل این‌که بیع، اجاره، وقف و دیگر عقدها با دیوانگی عارضی باطل نمی‌شوند. این قول نزد من قول راجح است، زیرا کمال اهلیت هنگام انعقاد بیع مطلوب است. اما احتمال رجوع وصیت‌کننده از آن وصیت اگر دیوانه نمی‌شد احتمالی ضعیف می‌باشد.

۲. **ارتداد وصیت کننده:** از دیدگاه احناف و شوافع، هم‌چنین ارتداد موصی‌لَه از دیدگاه مالکیه اگر به اسلام برنگردد و بر ارتدادش بمیرد، زیرا طبق قول اصح دارایی او معلق خواهد بود، اما قانون به علت قلت وقوع ارتداد و عمل به مذهب حنابله که قائل به صحت وصیت مرتد می‌باشند، به آن اشاره نکرده است.

۳. **معلق کردن وصیت بر شرطی که حاصل نشود:** مانند این‌که بگوید: اگر با این بیماری‌ام بمیرم، یا در این سفر بمیرم برای فلانی این‌چنین باشد، سپس نمیرد، وصیت باطل می‌شود، زیرا آن را معلق به مرگ خویش در بیماری یا سفر کرده است و آن هم تحقق نیافته است. علمای مالکیه و احناف و حنابله به آن تصریح کرده‌اند.

٤. **رجوع از وصیت:** با رجوع و پشیمان شدن موصِی به اتفاق نظر فقها وصیت باطل می‌شود، زیرا وصیت عقدی غیر لازم است، موصِی می‌تواند هر وقت بخواهد از آن رجوع کند، زیرا تنها ایجاب آن از موصِی ثابت شده و به دلیل این‌که وصیت عقدی است که تنها بعد از مرگ موصِی حکم آن تحقق می‌یابد، بنابراین قبل از مرگش هیچ حقی برای موصی‌لَه محقق نمی‌شود لذا موصِی مختار بین تأیید یا رجوع از آن می‌باشد.

رجوع یا صریح است یا اشاره‌ای:

رجوع صریح: آن است که با لفظ باشد، مانند این‌که بگوید: از وصیت خویش برای فلانی رجوع کردم، یا آن را ترک نمودم، یا آن را باطل کردم، یا بگوید: آنچه را که برای فلانی وصیت کرده‌ام برای ورثه‌های من باشد، فقه و قانون بر این مورد اتفاق دارند. زیرا این الفاظ در رجوع موصِی از وصیتش صریح می‌باشند، و او مالک عدول از وصیتش هر وقت بخواهد، می‌باشد.

الفاظِ زیر رجوع از وصیت محسوب نمی‌شوند: از وصیتی که برای فلانی کرده‌ام پشیمانم، در وصیت کردن برای فلانی عجله کردم، یا وصیت را تأخیر نمودم، زیرا تأخیر مستلزم سقوط نیست، از قبیل به تأخیر انداختن پرداخت بدهی از بدهکار می‌باشد، هم‌چنین اگر بگوید: هر وصیتی که برای فلانی کرده‌ام حرام باشد، بر رجوع دلالت نمی‌کند، یا تغییر دادن موصی‌لَه مثلاً ابتدا برای زید وصیت نموده باشد سپس آن را به شخص دیگری مانند خالد تغییر دهد، بلکه در این صورت موصی‌به بین آن دو مشترک خواهد بود.

از دیدگاه محمد انکار وصیت رجوع محسوب نمی‌شود، قانون مبتنی بر این نظریه است، اما از دیدگاه ابویوسف و علمای مالکیه انکار وصیت رجوع محسوب می‌شود، چنان‌که در مبحث صفت وصیت بیان کردم.

رجوع اشاره‌ای: هرگونه تصرف در موصی‌به که بر رجوع از وصیت دلالت کند که عبارتند از:

نخست: هرگونه تصرف قولی که عین را از ملکیت موصِی خارج کند: مانند این‌که شیء وصیت شده را بفروشد، یا به کسی ببخشد، یا صدقه دهد، یا آن را مهریه زنش قرار دهد، یا وقف کند، این موارد مورد اتفاق قانون و فقه می‌باشد.

اما این‌که وصیت با برگشت ملکیت آن به موصِی بر می‌گردد؟ دو نظریه وجود دارد:

مذهب جمهور: هنگامی که وصیت بر اثر خارج شدن موصی‌به از ملکیت موصِی باطل شود، بعد از آن با عودت ملکیت به وصیت بر نمی‌گردد، زیرا اقدام بر تصرف در آن قرینه‌ای قطعی بر آن است که از وصیت رجوع کرده است.

و مذهب مالکیه بر آن است که: هنگامی که موصی‌به به ملکیت موصِی بر گردد، وصیت بدون نیاز به تجدیدکردن به حالت خود بر می‌گردد. ظاهراً قول اوّل راجح است و قانون مبتنی بر آن می‌باشد به دلیل از بین رفتن محلی که عقد بر آن جاری شده بر اثر زوال ملکیت.

دوّم: انجام هر عملی در موصی‌به که بر رجوع از وصیت دلالت کند، و آن هم سه نوع است: نوعی به اتفاق بر رجوع دلالت می‌کند: و آن استهلاک عین موصی‌به است، مانند سر بریدن گوسفندی که آن را وصیت کرده، رشته کردن پنبه‌ای که آن را وصیت نموده و دیگر اعمالی که حقیقت چیز وصیت شده را تغییر دهد و به صورت چیز دیگری در آید که وصیت نشده است. چیزی که خود بخود تغییر کند مانند تغییر یافتن انگور به کشمش و تخم مرغ به جوجه ملحق به این مورد است.

هم‌چنین اگر عین وصیت شده با عمل موصِی به گونه‌ای تغییر کند که اسم آن را زایل کند مانند بافتن رشته، تبدیل معدن به طلا، آرد کردن گندم و دیگر موارد از این قبیل از دیدگاه مالکیه رجوع محسوب می‌شود.

و نوعی هم به اتفاق بر رجوع دلالت نمی‌کند، و آن عبارت است از هرگونه عمل که تابع عین موصی‌به باشد یا جزو صفتی از صفات آن باشد طوری که هیچ تغییری در حقیقت آن ایجاد ننماید و اسم آن را تغییر ندهد، مانند: قطع کردن پشم، دوشیدن شیر، آبیاری کردن زراعت و درخت‌ها، پراکنده کردن درختان،گچکاری منزل و تزیین و تعمیر آن، زیرا این امور تعلق به امری خارج از عین موصی‌به دارد، لذا بر رجوع دلالت نمی‌کنند. این گونه تصرفات در موصی‌به به گونه‌ای که آن را از ملکیت موصِی بیرون نکند مانند اجاره یا عاریه دادن رجوع محسوب نمی‌گردد.

و نوع سوم مورد اختلاف بین فقها می‌باشد: و آن عبارت است از ایجاد افزودنی در موصی‌به به گونه‌ای که بدون آن تسلیم موصی‌به ممکن نباشد؛ مانند رنگ‌آمیزی لباس، ساختن مبنا یا کاشتن درخت، آغشته کردن آرد با روغن.

قاطی کردن موصی‌به با چیزی که جدا کردن آن جز با مشقت ممکن نباشد مانند قاطی کردن آرد با شکر، قاطی کردن گندم وصیت شده با گندمی دیگر یا با جو، از دیدگاه جمهور فقها از قبیل رجوع از وصیت می‌باشد. اما از دیدگاه مالکیه جز با قرینه یا عرف که بر قصد موصِی بر رجوع از وصیت دلالت کند، رجوع محسوب نمی‌شود.

۵. **رد کردن وصیت:** هنگامی که موصی‌لَه بعد از وفات موصِی وصیت را رد کند، چنان‌که در مبحث صیغه عقد توضیح دادم وصیت باطل می‌شود.

٦. **مرگ موصی‌له معین قبل از مرگ موصی:** به اتفاق مذاهب چهارگانه با مرگ موصی‌لَه معین قبل از مرگ موصِی وصیت باطل می‌شود. زیرا وصیت عطیه و بخشش است، و به دلیل این‌که کسی که به آن بخشیده می‌شود قبل از تسلیم مرده است لذا چنان‌که هبه برای میّت صحیح نمی‌باشد، آن هم صحیح نیست، زیرا وصیت بعد از وفات موصِی و قبول موصی‌لَه واجب می‌گردد.

هم‌چنین از دیدگاه جمهور فقها جز احناف در صورتی که موصی‌لَه بعد از مرگ موصِی و قبل از قبول کردن وصیت بمیرد، وصیت باطل می‌شود. اما از دیدگاه احناف باطل نمی‌شود، زیرا

از دیدگاه آنان قبول به معنی رد نکردن است. از دیدگاه جمهور با مرگ موصی‌لَه وصیت باطل می‌شود، در این صورت موصِی چه علم به مرگ او داشته باشد یا نه مساوی است. مالکیه تفصیل دیگری دارند که توضیح آن گذشت.

۷. موصی‌لَه موصِی را به قتل برساند: از دیدگاه احناف و حنابله وصیت برای قاتل باطل است، اعم از این‌که قتل قبل از وصیت باشد یا بعد از آن، حتی اگر ورثه‌ها هم اجازه دهند یا موصِی خود شخصاً بعد از قتل [ضربه خوردنی که منجر به قتل او می‌شود] و قبل از مرگ آن را اجازه دهد. در مبحث شروط موصی‌لَه این موضوع را به تفصیل توضیح داده‌ام.

۸. هلاک شدن موصی‌به معین یا استحقاق آن برای دیگری: اگر موصی‌به معین باشد و قبل از قبول موصی‌لَه هلاک شود، به دلیل از بین رفتن محل وصیت، آن وصیت باطل می‌شود و ثبوت حکم تصرف یا بقاء آن بدون وجود محل آن محال است، چنان‌که کسی گوسفندی را وصیت کند،آن گوسفند بمیرد، وصیت باطل می‌شود، زیرا وصیت متعلق به عینی بوده که هنگام انشاء آن موجود بوده و بعد از آن از بین رفته است لذا محل وصیت از بین رفته است.

هم‌چنین وصیت باطل می‌شود هنگامی که موصی‌به جزئی پراکنده در میان مالی معین به ذات یا معین به نوع باشد؛ مانند این‌که نصف مسکن معینی را وصیت کند یا اسبی از میان ده اسب معینی که دارد را وصیت کند سپس آن مسکن ویران شود و آن اسب‌ها همه بمیرند، در این صورت برای موصی‌لَه چیزی نخواهد بود زیرا محل وصیت از بین رفته است. هم‌چنین اگر عین وصیت شده استحقاق شخص دیگری را پیدا کند اعم از این‌که استحقاق قبل از مرگ موصِی یا بعد از مرگ او باشد وصیت باطل می‌شود زیرا با استحقاق ثابت می‌شود که مال وصیت شده از آنِ شخص وصیت کننده نبوده است.

۹. وصیت برای وارث باطل است: از دیدگاه مالکیه وصیت برای وارث هرچند دیگر ورثه‌ها اجازه دهند باطل است، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((لا وصِیَّةَ لِوارِثٍ)): وصیت برای وارث جایز نیست.

مبحث پنجم: ازدحام وصیت‌ها

ازدحام یا تزاحم وصیت‌ها این است که: وصیت متعدد باشد و یک سوم دارایی کفایت آن را ننماید و ورثه‌ها اجازه‌ی بیشتر از یک سوم را ندهند، یا اجازه دهند اما ترکه‌ی میت کفایت همه‌ی آنها را نداشته باشد.

در حالت تعدد وصیت‌ها؛ یکی از موارد زیر وجود دارد:

۱. یا همه‌ی آنها برای بندگان است مانند: خالد، بکر و عمرو

۲. یا همه‌ی آنها برای خداوند است؛ مانند: وصیت به دادن فدیه روزه، صدقه مستحب، تعمیر مسجد و مشابه آن.

۳. یا مشترک بین دو نوع می‌باشد، این‌که بعضی از آن برای خداوند و بعضی دیگر برای بندگان باشد، در این صورت‌ها وصیت‌ها چگونه تنفیذ می‌گردد؟

فقها در این مورد چند دیدگاه دارند[۱]:

۱. قاعده تزاحم در وصیت‌ها بین بندگان:

هنگامی که شخصی برای چندین شخص معین وصیت کند و این وصیت‌ها در مجموع بیشتر از یک سوم دارایی‌اش باشد و ورثه‌ها اجازه‌ی تنفیذ بیشتر از یک سوم را ندهند یا اجازه دهند اما ترکه وسعت همه را نداشته باشد، دارای دو حالت است:

حالت اوّل: هر یک از وصیت‌ها به تنهایی از یک سوم بیشتر نباشد: مانند یک ششم برای شخصی، یک چهارم برای شخصی دیگر و یک سوم برای شخص سومی. هر یک از این سهم‌ها در یک سوم ضرب می‌شود، یعنی هر شحص به نسبت وصیت خود آن از یک سوم دریافت می‌کند؛ و یک سوم ترکه بر نُه سهم تقسیم می‌شود، به اوّلی دو سهم داده می‌شود، به دومی سه سهم و به چهارمی چهار سهم داده می‌شود. این تقسیم مورد اتفاق ابوحنیفه و دو شاگردش بوده و قانون مبتنی بر آن می‌باشد.

---

[۱]. الدر المختار و رد المحتار:۴۶۸/۵، تکملة الفتح: ۸/ ۴۶۷– ۴۶۹، تاکتاب مع اللباب:۴/ ۱۷۷، بدایة المجتهد: ۲/ ۳۳۲، المهذب: ۱/ ۴۵۴، حاشیة الباجوری:۲/۸۶– ۸۸، المغنی: ۶/۵۰.

حالت دوّم: یکی از وصیت‌ها زاید بر یک سوم باشد: مانند: یک سوم برای یک شخص و نصف برای شخصی دیگر.

ابوحنیفه گفته است: یک سوم بین این او نفر به طور مساوی تقسیم می‌شود، زیرا در صورتی که وصیت بیشتر از یک سوم باشد و ورثه‌ها آن را اجازه ندهند، نسبت به مازاد بر یک سوم باطل خواهد بود، پس در این مورد دو وصیت که هر دو به یک سوم بوده ازدحام می‌نمایند، لذا یک سوم بین این دو شخصی که برایشان وصیت شده است به صورت نصف نصف تقسیم می‌گردد. از دیدگاه علمای احناف این مورد مفتی به است.

دو شاگر ابوحنیفه و دیگر ائمه گفته‌اند: همانند حالت اولی یک سوم به نسبت سهم آنان در وصیت بینشان تقسیم می‌شود و چنان‌که ابوحنیفه گفته است: مازاد بر یک سوم ملغی نمی‌شود زیرا رعایت رغبتِ موصِی در برتری دادن برخی از کسانی که برایشان وصیت می‌کند بر بعضی دیگر به قدر امکان لازم است. قانون کشور مصر در ماده (۸۰) و سوریه در ماده (۲۸۵) مبتنی بر این مورد است.

ابوحنیفه سه حالت را استثنا کرده است: محاباة، پولهای مرسله و سعایت، دو شاگرد او در این سه حالت در تقسیم بر حسب سهم‌ها، نه به صورت نصف نصف[1] با او موافقند، در اینجا دو حالت اولی را توضیح داده اما حالت سومی به علت بیان آن با برده‌ها نیازی به توضیح ندارد و در این زمان به وقوع نمی‌پیوندد.

محاباة: محابات عبارت است از بخشیدن قسمتی از قیمت چیزی که فروخته می‌شود، مانند این‌که وصیت کند، اتومبیل او که سه هزار می‌ارزد به یک هزار به فلانی فروخته شود و اتومبیلی که قیمت آن شش هزار است به دو هزار فروخته شود با علم به این‌که غیر از آن دو اتوموبیل مال دیگری ندراد، پس او می‌خواهد به نسبت فرق این دو قیمت [برای دوشخص] وصیت کند، در این صورت یک سوم دارایی او که سه هزار می‌باشد بین این دو شخص به صورت سه سهم تقسیم می‌شود، یک سوم آن برای شخص اولی و دو سوم آن برای شخص دومی.

اما پولهای مرسله:[2] این‌که برای شخصی چهارصد دینار را وصیت کند، و برای دیگری سیصد دینار، و کل ترکه‌ی او یک هزار و دویست دینار باشد و ورثه‌ها هم اجازه‌ی تنفیذ آن را ندهند، مثل این است که برای یکی یک سوم و برای دیگری دو سوم را وصیت کرده باشد. در

---

[1]. الهداية مع تكملة الفتحو حاشية العناية: ۴۴۲/۸.

[2]. مرسله: به پولهایی گفته می‌شود که مطلق ذکر شده و مقید به یک سوم و یک چهارو و ... نباشد.

این صورت یک سوم بین آنها به صورت سه سهم تقسیم می‌شود، یک سوم آن برای اولی و دو سوم آن برای شخص دوم می‌باشد.

سبب استثنا از دیدگاه ابوحنیفه این است که موصِی در وصیتش به چیزی که آن را باطل کند که همان مازاد بر یک سوم است، تصریح نکرده است بلکه بطلان از راه ازدحام چند وصیت و کفایت نکردن ترکه یا کفایت نکردن یک سوم برای همه وصیت‌ها بوده است، و ممکن است مال او بیشتر از این باشد، در این صورت وصیت باطل نمی‌شود.

۲. ازدحام وصیت‌ها د ر حقوق خداوند:

هنگامی‌که چندین مورد وصیت باشد که بیشتر از یک سوم باشند و همه از حقوق خداوندی باشند، در این صورت یا رتبه‌ی آنها یکی است یا متفاوت یا مختلف.

در صورت اتحاد رتبه، مثل این‌که همه فرض باشند مانند: حج و زکات، یا همه واجب باشند یا همه مندوب: از دیدگاه ابوحنیفه و دو شاگرد او آنچه که موصِی به آن ابتدا کرده مقدم داشته می‌شود. اگر وصیت به حج و زکات نماید، حج مقدم داشته می‌شود. اگر وصیت به کفاره‌ی سوگند و کفاره‌ی ظهار کند، وصیت اولی مقدم داشته می‌شود، اگر چیزی از یک سوم زاید بر وصیت اولی باقی بماند جهت وصیت دوّمی هزینه می‌شود.

در صورت تفاوت رتبه: مثل این‌که بعضی از وصیت‌ها به فرایض و بعضی به واجبات باشند مانندصدقه فطر از دیدگاه احناف. و بعضی‌ها مندوب باشند مانند حج مستحب، ابتدا فرض سپس واجب سپس مندوب تنفیذ می‌گردد.

۳. ازدحام بین وصیت که بعضی حق الله و بعضی حق الناس باشند:

مانند این‌که به انجام حج، پرداخت زکات و کفاره‌ای و یک شخص از میان مردم وصیت کند، در این صورت یک سوم بین آنها به صورت چهار سهمی تقسیم می‌شود، و برای هر مورد یک چهارم در نظر گرفته می‌شود؛ برای انجام حج یک چهارم از یک سوم ترکه، برای زکات هم یک چهارم، برای کفاره یک چهارم و برای شخص هم یک چهارم در نظر گرفته می‌شود.

در صورت مساوی بودن موارد در قوت، آنچه که موصِی به آن ابتدا کرده یا آن‌چه که از جهت عبادت قوی‌تر باشد مقدم داشته می‌شود یا بر اساس آرائی که ذکر نمودم بر همه به صورت مساوی تقسیم می‌شود.

نص قانون مصر ماده (۸۰) و سوریه ماده (۲۵۸، ۲۵۹) در ارتباط با احکام بیان شده در ازدحام وصیت‌ها عدول از رأی ابوحنیفه و عمل به رأی دو شاگرد او می‌باشد.

اما دیگر مذهب‌ها متفق با رأی دو شاگرد ابوحنیفه می‌باشد: در صورت مساوی بودن وصیت‌هایی که یک سوم کفایت آن را ننماید، یک سوم بر همه آنها به نسبت سهمشان تقسیم می‌شود. مثلاً برای دو شخص وصیت کرده باشد: برای یکی نصف دارایی‌اش و برای دیگری یک سوم و ورثه‌ها مازاد بر یک سوم را نپذیرفتند، در این صورت یک سوم بین آنان به صورت پنج سهم تقسیم می‌شود.

و در صورتی‌که ورثه‌ها اجازه‌ی وصیت را بدهند، مثل این‌که برای شخصی نصف دارایی‌اش و برای دیگری جمیع دارایی‌اش را وصیت کرده باشد، مال بین آنها به صورت سه قسم تقسیم می‌شود: آن‌که یک نصف برایش وصیت شده یک سوم را دریافت و مابـاقی برای شخصی خواهد بود که کل دارایی برایش وصیت شده است.

در صورت مهم‌تر بودن بعضی از وصیت‌ها، آنچه که مهم‌تر است مقدم داشته می‌شود.

در مباحث گذشته بیان شد که از دیدگاه مالکیه وصیت به مازاد بر یک سوم هرچند ورثه‌ها اجازه هم دهند باطل است و در صورت اجازه‌ی ورثه‌ها مازاد بر یک سوم بخششی جدید محسوب می‌گردد نه تنفیذ وصیت میّت، در این صورت شرط است آن‌که اجازه تنفیذ می‌دهد اهل بخشش بوده و موصی‌لَه قبول کند و قبل از مانع شدن مانعی آن را به دست آورد.

مبحث ششم: وصیتی که قانوناً واجب است

مستند فقهی، مجوز این مورد، برای چه کسی واجب است، شروط وجوب، مقدار وصیت واجب، روش استخراج آن در این مبحث بیان خواهد شد.[1]

مستند فقهی برای وصیت واجب و مجوز آن: توضیح دادم که وصیت برای فامیلهای نزدیک از دیدگاه جمهور فقها بخصوص ائمه مذاهب چهارگانه مستحب است، و وصیت بر شخص جز به حقی برای خداوند یا برای بنده‌ای از بندگان واجب نیست.

برخی از فقها از جمله ابن حزم ظاهری و طبری و ابوبکر بن عبدالعزیز از علمای حنابله بر این باورندکه: وصیت برای والدین و فامیلهای نزدیک که به خاطر محجوب بودن یا مانعی از موانع مانند اختلاف دین ارث نمی‌برند واجب است، در صورتی که میّت برای فامیلهای نزدیک وصیتی نکرده باشد، بر ورثه‌ها یا وصیّ او واجب است قسمتی غیر معین از مال او را برای والدین غیر وارث اختصاص دهند.

قانون کشور مصر در ماده (۷۶-۷۹) و سوریه در ماده (۲۵۷) مبتنی بر رأی دوم است، بر اساس این دیدگاه وصیت برای برخی از کسانی که از ارث محروم می‌شوند از قبیل نوه‌هایی که پدربزرگ یا مادربزرگشان در حیات پدر و مادرشان می‌میرند یا این‌که در حادثه‌ای مانند غرق شدن یا سوختگی با هم بمیرند، وصیت کردن را واجب دانسته است.

در نظام ارثیه اسلامی این نوه‌ها از دارایی پدربزرگ و مادربزرگ هیچ گونه ارثی دریافت نمی‌کنند، به دلیل وجود عموها و عمه‌ها در قید حیات که سبب محجوب شدن آنان می‌گردد.

---

[1]. الفقه المقارن للاستاذ حسن احمد الخطیب: ص ۲۲۱- ۲۳۱، الوصیة للاستاذ عیسوی: ص ۱۶۳- ۱۷۴، الوصیة للاستاذ مصطفی السباعی: ص ۱۳۱- ۱۳۷.

لیکن گاهی اتفاق می‌افتد که این نوه‌ها در فقر و فاقه و عموها و عمه‌هایشان دارای ثروت و دارایی فراوان باشند.

قانون نظام وصیت در گام به گام با روحیه تشریع اسلامی جهت معالجه‌ی این مشکل قانون وصیت واجب را تصویب کرده است تا این‌که ثروت بر اساس عدل و منطق تقسیم شود، زیرا فرزند فقیری که پدرش قبل از پدر بزرگش مرده باشد گناهی ندارد و به چه دلیل از سهم پدر متوفی و محرومش بی نصیب گردد در حالی که پدرش سهمی قابل ملاحظه‌ای در ثروت پدر بزرگش داشته است که در این صورت مشکل فقر و از دست دادن پدر با هم گریبانگیر آنان می‌شود. و به دلیل این‌که نوه‌ها در حال حیات پدرشان غیر وارث هستند برای ولی الامر جایز است جهت مصلحت و به دلیل این‌که آنان شایسته‌ترین مردم نسبت به ثروت پدربزرگشان هستند، صفت غیر وارث را به آنان بدهد.

هنگامی‌که پدربزرگ و مادربزرگ برای چنین نوه‌هایی سهمی هم‌چون سهم فرزندانشان وصیت نکنند، وصیت برای آنان با واجب کردن خداوند به مثل این سهم مشروط بر این‌که زاید بر یک سوم نباشد واجب است به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ((هنگامی که یکی از شما را (امراض مخوف و اسباب و علل) مرگ فرا رسد، اگر دارائی فراوانی (با توجّه به عرف محلّ) از خود به جای گذاشت، (از سوی خدا قانون) وصیّت بر شما واجب شده است (و باید) برای پدر و مادر و نزدیکان به طور شایسته وصیّت کند. این حق (واجبی) است بر پرهیزکاران.)) [بقره: ۱۸۰]

و به دلیل این‌که این وصیت به خاطر دارا نبودن صیغه ایجاب از طرف موصِی و قبول از موصیٰ‌لَه مقومات و پایه‌های وصیت اختیاری را ندارد، بیشتر به میراث شباهت دارد لذا مطابق میراث خواهد بود و برای مذکر دوبرابر مؤنث در نظر گرفته می‌شود، و اصل فرع خویش را محجوب می‌کند و هر فرع نصیب اصل خود را دریافت می‌نماید.

کسی که وصیت برای او واجب است: قانون کشور مصر این وصیت را برای فرزندان پسر هر چند که در طبقات پایین‌تر باشند و برای فرزندان دختر در طبقه اول واجب کرده است.

هم‌چنین برای فرزندان کسی که با پدر یا مادرش در یک حادثه فوت کرده باشد و مشخص نشود مرگ کدام یک از آنان سابق بوده است، مانند این‌که در یک حادثه غرق شوند یا دچار سوختگی گردند، زیرا از دیدگاه فقه تا مشخص نشود مرگ کدام یک سابق بوده،

مانندغرق شده‌ها، زیر آوار افتاده‌ها و سوخته شده‌ها؛ ارث نمی‌برد، زیرا کسانی که وقت وفاتشان مشخص نشود از یکدیگر ارث نمی‌برند، در این حالت فرع از اصلش ارث نمی‌برد بلکه وصیت برای فرزندان این فرع واجب می‌شود.

چنان‌که برای نوه‌هایی‌که پدرشان یا پدر یا مادر خود مرده باشد واجب است، برای کسی که حکم به مرگ پدر یا مادر او شود مانند مفقودی که بیشتر از چهار سال غایب شده باشد و در مظنه‌ی هلاک مانند جنگ و غیره مفقود شده باشد.

اما قانون کشور سوریه این وصیت را بر فرزندان پسر محصور کرده چه مذکر باشند یا مؤنث، غیر از نوه‌هایی که فرزند دختر باشند، زیرا آنان در این صورت به خاطر وجود عموها یا عمه‌هایشان از ارث محروم نمی‌شوند بلکه ذوی الارحامی هستند که از دیدگاه احناف هنگام موجود نبودن ذوی الفروض و عصبات ارث می‌برند.

عمل به قانون کشور مصر که قائل به مساوات بین دو دسته از یک جنس می‌باشد اعم از این‌که در یک طبقه یا بیشتر از یک طبقه باشد، بهتر است.

شروط وجوب این وصیت: قانون کشور مصر و سوریه برای وجوب این وصیت دو شرط قائل شده‌اند:

نخست: نوه‌ی میت از جهت پسر از او ارث نبرد، در صورتی که از او ارث ببرد هر چند اندک هم باشد مستحق این وصیت نخواهد بود.

دوم: متوفی [قبل از مرگ] مقداری مال که با وصیت واجب مساوی باشد بدون عوض از طریق هبه و وصیت به او نداده باشد. در صورتی که مقداری به او داده باشد که با وصیت می‌تواند آن مقدار را به دست آورد، دیگر مستحق این وصیت نخواهد بود. و در صورتی که کمتر از آن را به او داده باشد، واجب است که مقدار دیگری که بدان مقدار وصیت واجب کامل شود به او داده شود. اگر به بعضی از مستحقین داده باشد، واجب است برای آنان که از این بخشش محروم بوده‌اند به مقدار سهم وصیت شود.

مقدار وصیت واجب:

نوه‌ها استحقاق سهم پدرشان را که متوفی شده است و در صورتی که پدر او قبلاً وفات می‌کرد به آن می‌رسید، دریافت می‌کنند مشروط بر این‌که سهم او بیشتر از یک سوم دارایی نباشد. در صورت زاید بودن بر یک سوم معلق بر اجازه‌ی ورثه‌ها خواهد بود. اما فقهایی که

قائل به وجوب وصیت برای والدین و اقربای غیر وارث هستند مقدار آن را مشخص نکرده‌اند. بنابر آنچه که قانون تعیین کرده است اگر شخصی وفات کند و بعد از خود پسر فرزند پسر و دو دختر و فرزندانی هم از پسر دیگرش که در حیات او وفات کرده است باقی بگذارد، این نوه‌ها استحقاق آنچه را که به پدرشان در صورت زنده بودن می‌رسید پیدا می‌کنند که در این مسأله عبارت از یک سوم ترکه است.

و در صورتی که بعد از خود یک پسر و یک دختر و چند نوه از جهت دختری که قبل از او مرده است باقی بگذارد، فرزندان دختر او طبق قانون کشور مصر نه سوریه به سهم مادرشان در صورت زنده بودن او که یک چهارم می‌باشد، دست می‌یابند.

و در صورتی که یک پسر و یک دختر و چند نوه از جهت پسری داشته باشد که قبلاً وفات کرده است، اگر آنچه که به پسر متوفایش در صورت زنده بودن می‌رسید که دو سهم از پنج سهم می‌باشد بیشتر از یک سوم باشد به نوه‌ها نمی‌رسد بلکه یک سوم را به نوه‌ها می‌دهند.

تقدیم این وصیت: قانون تصریح کرده است که وصیت واجب مقدم بر دیگر وصیت‌های اختیاری می‌باشد و قبل از آن از یک سوم ترکه استخراج می‌شود. وصیت اختیاری آن است که: موصِی به اختیار خویش قبل از مرگ وصیت کرده باشد هر چند که از جهت دیانت واجب باشد مانند وصیت به پرداخت فدیه روزه یا فدیه نماز، زیرا این وصیت طلبکارانی از میان مردم دارد.

در صورتی که یک سوم ترکه کفایت همه وصیت‌های واجب و اختیاری را داشته باشد، همه آنها تنفیذ می‌گردند، و در صورتی که کفایت همه را ننماید ابتدا وصیت واجب سپس دیگر وصیت‌ها تنفیذ می‌گردد.

روش استخراج وصیت واجب:

قانون به روش استخراج وصیت واجب تصریح نکرده است، لیکن به ضرورت رعایت امور تالی اشاره کرده است:

۱. مقدار وصیت خارج شده بیشتر از یک سوم ترکه نباشد.

۲. به مقدار سهم پدر متوفی در حیات پدرش باشد.

۳. تنفیذ به اعتبار این باشد که آنچه داده می‌شود وصیت است نه میراث، لذا از میان همه ترکه استخراج می‌شود نه تنها از یم سوم.

روش آن این است که: فرض شود که متوفی در حیات پدرش زنده بـوده و بـه او سـهم داده می‌شود، سپس آن سهم از ترکه استخراج شود مشروط بر این‌که بیشتر از یک سوم نباشد و به نوه‌ها داده می‌شود. سپس باقی ترکه بین ورثه‌ها بدون توجه به زنده بودن فرزنـد متـوفی کـه زنده فرض شده بود، تقسیم می‌گردد.

مثال: شخصی بمیرد و سه پسر و یک دخترِ پسر متوفی و پدر و مادر داشـته باشـد. ابتـدا پسری که در حیات پدرش مرده است زنده فرض می‌شود که در این صورت برای پدر یک سوم ترکه، و برای هر یک از چهار پسر یک ششم در نظر گرفته می‌شود، سپس سهم پسـر متـوفی از اصل ترکه بیرون نموده و به عنوان وصیت واجب به دختر او داده می‌شود، سپس باقی ترکه بین ورثه‌هایی که بالفعل موجود هستند تقسیم می‌گردد که در این صورت برای پدر میت یک ششـم باقی، و برای مادر هم هم‌چنین، و باقیمانده بین سه پسر به صورت مساوی تقسیم می‌شود.

مبحث هفتم: اثبات وصیت

به اتفاق فقها نوشتن وصیت‌نامه مستحب است، وصیت‌نامه به این ترتیب نوشته می‌شود: شروع با بِسمِ اللهِ الرَّحمنِ الرَّحیم و حمد و ستایش خداوند و صلوات بر پیامبرﷺ سپس بعد از بسم الله و حمد و صلوات اعلان شهادتین با تلفظ یا نوشتن، سپس شاهد گرفتن بر صحت و نفوذ وصیت.

در مبحث اوّل توضیح دادم که وصیت با عبارت و نوشتن حاصل می‌شود هم‌چنین از دیدگاه مالکیه با اشاره‌ای دارای معنی ممکن است. قانون کشور مصر در ماده (۲/أ) و سوریه (۲۰۸) بر طریق ایجاد وصیت تصریح کرده و بیان کرده که با گفتار و کتابت برای کسانی که توانایی هر دو را داشته باشند منعقد می‌گردد. در صورتی که قادر بر هر دو نباشد با اشاره‌ای که بر آن دلالت کند منعقد می‌گردد، قانون مبتنی بر مذهب شافعی می‌باشد. در حالت عجز از نوشتن و سخن گفتن، عجز و ناتوانایی اصلی مانند گنگ بودن و عجز بر اثر سببی عارضی مانند بیماری مساوی هستند. و اشاره را در صورت نیاز به آن در اثبات حقوق عباد حجت قرار داده است.

وصیت از راههای شرعی مانند وجود شاهد یا نوشته شدن آن ثابت می‌گردد. کتابت[1] مشروط بر این‌که بر ورق و مشابه آن نوشته شده باشد و در صدر آن آدرس و مشخصات وصیت‌کننده وجود داشته باشد، از دیدگاه احناف معتبر است. در صورتی که واضح و بیان نشده باشد مانند نوشتن بر هوا یا آب، یا بیان شده ولی نوشته با کاغذ و ورق نباشد مانند نوشتن بر برگ درختان یا دیوار، در این صورت کنایه است و نیاز به نیت دارد. لیکن نوشته‌ی مجرد جز در چند مسأله معتبر نمی‌باشد، از قبیل نوشته‌ی اهل حرب که از امام مسلمانان طلب امان کرده باشد، یا نوشته‌ی دلال، صراف و فروشنده.

---

[1] - تکملة العنایة:۸/۵۱۱ و مابعد آن، الفتاوی الهندیة:۲/ ۳۴۷، رد المحتار:۳/۴۴۳.

شاهد گرفتن بر نوشتن وصیت: از دیدگاه احناف و شافعیه[1] بعد از خواندن آن بر شهود، موصِی مضمون وصیت‌نامه‌اش را برای شاهدین قرائت می‌کند، یا این‌که بر او خوانده می‌شود و او به آن اقرار می‌نماید. زیرا به اجماع علما با دیدن دست نوشته‌ی شاهد به شهادت حکم کردن جایز نیست. لیکن از دیگاه علمای شافعیه وصیت با کتابت که نویسنده از نوشته‌اش نیت وصیت را داشته باشد، منعقد می‌گردد و نیت را تلفظ کرده باشد یا این‌که ورثه‌های او بعد از وفاتش به آن اقرار نمایند. از دیدگاه علمای احناف و شافعیه وصیت با مجرد دیدن دست‌نوشته ثابت نمی‌گردد زیرا امکان حیله و فریب در آن وجود دارد.

از دیدگاه مالکی[2] اگر وصیت با خط موصِی نوشته شده و شاهد بر آن وجود داشته باشد ثابت می‌شود هرچند آن را بر شهود قرائت نکرده و وصیت‌نامه‌اش را باز ننموده باشد وصیت او ثابت می‌شود مشروط بر این‌که با سخن خود به شاهدان گفته باشد: برآنچه که در این نوشتار است شاهد باشید و چیزی از آن پاک نشده باشد حتی اگر آن وصیت‌نامه تا زمان مرگ موصی بماند و آن را به کسی نشان نداده باشد.

اگر برای قاضی ثابت شودکه آنچه در وصیت نوشته شده است با خط موصِی می‌باشد، یا این‌که موصِی آن را بر شهود قرائت کرده باشد اما در هر دو صورت شاهد نگرفته باشد، یعنی نگفته باشد بر وصیت من شهادت دهید یا نگفته باشد این وصیت را تنفیذ کنید، بعد از مرگ او تنفیذ نمی‌گردد زیرا احتمال دارد از آن رجوع کرده باشد. اما در صورتی که موصِی به شهود گفته باشد: شاهد باشید یا گفته باشد آن را تنفیذ کنید، وصیت او تنفیذ می‌گردد.

مذهب حنابله طبق قول ارجح[3] این است که: هر کس وصیتی بنویسد و شاهدی بر آن نگیرد، مشروط بر این‌که معلوم نشود از آن رجوع کرده است به آن حکم می‌شود. با اقرار ورثه یا شهادت کسی که دست‌خط موصی را می‌شناسد بر آن شهادت دهد وصیت ثابت شده و آنچه که در آن نوشته شده باشد مورد قبول قرار می‌گیرد هرچند زمانی طولانی از آن گذشته و یا حال موصِی تغییر یافته باشد. یا این‌که خط موصِی مشهور باشد و شناخته شود، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((ما حَقُ امرِیءٍ مُسلِمٍ یَبیتُ لَیلَتَینِ، اِلاّ و وَصِیَتُهُ مَکتُوبَةٌ عِندَهُ)) و چیزی اضافه بر نوشتن را ذکر ننمود، بنابراین حدیث پیامبرﷺ بر اکتفا کردن به نوشتن دلالت می‌کند، و

---

[1]. مغنی المحتاج: ۳/۵۳، ۴/ ۳۹۹

[2]. الشرح الصغیر:۴/ ۶۰۱.

[3]. المغنی: ۶/۶۹ و مابعد آن، کشاف القناع: ۴/ ۳۷۳، غایة المنتهی: ۲/ ۳۴۸.

نیز به دلیل این‌که پیامبرﷺ به کارگزارن و مردمی دیگر توصیه‌هایی نوشته و آنان را ملزم به عمل به آن نوشته نموده است، هم‌چنین خلفای راشدین بعد از او این کار را کرده‌اند. و به دلیل این‌که نوشته مقصود را بیان می‌کند لذا در حکم تلفظ می‌باشد.

اگر شخصی وصیت خویش را بنویسد و بگوید: بر آنچه در این ورق نوشته شده است شاهد باشید، یا بگوید: این وصیت من است بر آن شاهد باشید، تا زمانی که آنچه را که در آن نوشته بر شهود قرائت نکند یا این‌که شخص دیگری آن را بخواند و او آن را تأیید کند، ثابت نمی‌شود. این فتوی بر اساس مذهب شافعی و حنفی می‌باشد.

و خلاصه این‌که: از دیدگاه جمهور لازم است شهود مضمون وصیت را بشنوند، یا این‌که آن را بر موصِی بخوانند و او آن را تأیید کند. از دیدگاه مالکیه شاهد گرفتن بر آن هرچند بر آنان قرائت نکرده یا وصیت‌نامه را باز نکرده باشد کفایت می‌کند.

از دیدگاه حنابله تنها با نوشتن مشروط بر این‌که خط موصِی مشهور بوده و شناخته شود، ثابت می‌شود و قانون نیز مبتنی بر این رأی می‌باشد.

قانون کشور مصر در ماده (۲/۲) با آرای فقها در قبول ادعا مخالفت کرده است لذا وصیت را با شهادت مقرر در رأی فقها هنگام انکار ادعای وصیت یا رجوع قولی از آن بعد از وفات موصِی را معتبر ندانسته است، بلکه قبول دعوی را بعد از وفات موصِی هنگامی که انکار شود وصیت ثابت شده با ورقه رسمی یا با ورقه عرفی باشد که با خط متوفی نوشته شده باشد و امضای او بر آن باشد یا امضای شخص دیگری که آن را تأیید کند، شرط کرده است. این حکم جهت احتیاط قانون با توجه به فساد زمانه می‌باشد و به خاطر انتشار شهادت دروغ معتبر نداستن بیشتر شهادت‌هاست.

در شرح و توضیح مفاد قانون آمده است: این حکم بر گرفته از چیزی است که عبدالسلام التسولی مالکی ذکر کرده که شاهد گرفتن بر عقود تبرعاتی شرط صحت آن می‌باشد، و از قاعده شرعی است که: ولی الامر می‌تواند امر به کار مباح کند زمانی که مصلحت عمومی را در آن ببیند و هنگامی که به آن امر کند عمل به آن واجب می‌گردد، و در رأی برخی از فقها آمده است که فرمان او حکمی شرعی را ثابت می‌کند. عقد وصیت که از عقود ترعی می‌باشد جایز است که با شاهدی نوشتاری یا کسی که لفظاً شهادت دهد ثابت شود. هنگامی که ولی الامر مصلحت ببیند که با شهادت نوشتاری باشد بر همه واجب است که به آن عمل کنند.

فصل دوّم: حکم تبرعات بیماری که در بستر بیماری مرگ است

آیا تبرعات بیماری که در بستر بیماری مرگ است در حکم وصیت می‌باشد؟

بیماری مرگ: از دیدگاه شافعیه و حنابله[1] کسی که دو شرط در آن محقق شده باشد:

نخست: بعد از آن بیماری بدون فاصله بمیرد. در صورتی که از آن بیماری که در آن بخشش‌هایی نموده شفا یابد سپس بعد از آن بمیرد، بخشش‌های او حکم بخشش صحیح خواهد داشت؛ زیرا آن بیماری بیماری مرگ نبوده است.

دوّم: بیماری ترسناک باشد، بیماری ترسناک آن است که: صاحبش نتواند از رختخواب برخیزد؛ مانند: جذام، طاعون، فلج شدن نصف بدن یا فلجی که در انتها کل بدنش را فراگیرد و مدت آن طولانی نباشد، تب موقت که یک یا دو روز طول بکشد، اسهال به مدت یک روز یا دو روز. حکم کسی که مبتلا به این بیماری‌ها باشد حکم شخص سالم می‌باشد، زیرا چنین بیماری‌هایی عاتاً جای ترس نیستند.

در بحث نظریات فقهی در مذاهب دیگر شروط بیماری مرگ را توضیح داده‌ام، و روشن شد که علمای احناف حدود مدت بیماری مرگ را یک سال تعیین کرده‌اند زمانی که بیشتر از یک سال طول نکشد. در صورتی که بیشتر از یک سال طول بکشد هرچند چندین سال باشد باز بیماری مرگ محسوب می‌شود.

اما بخششها و هبه‌های کسی که در بیماری مرگ باشد: یا قطعی هستند یا مربوط به بعد از مرگ او:[2]

۱. بخششهای قطعی: مانند محاباة[1]، هبه‌ی قبض شده، صدقه، عتق، وقف، بخشیدن بدهی، عفو از جنایتی که دیه مالی داشته باشد.حکم این بخشش‌ها: بین علما خلافی نیست که اگر در حالت سلامی از شخصی صادر شود که محجور علیه نباشد، از رأس المال او محسوب می‌شود.

---

[1] . المهذب: ۱/ ۴۵۳، المغنی: ۶/۸۴ و ما بعد آن.

[2] . الدرالمختار: /۵/۴۶۷، ۴۶۹، ۴۸۱، البدایع: ۷/۳۷۰، الشرح الکبیر: ۴/۴۲۴، بدایة المجتهد: ۲/ ۳۲۲، المهذب:۱/ ۴۵۳، المغنی: ۶/ ۷۱- ۹۵.

و در صورتی که در بیماری ترسناک که با آن بمیرد، طبق قول جمهور فقها از یک سوم ترکه محسوب می‌شود به دلیل حدیث سابق: ((إنَّ اللهَ تصدقَ عند وفاتِکُم، بثلث أموالِکُم، زیادة لَکُم فی أعمالِکُم))[۲]: خداوند به شما اجازه داده است که هنگام [فرارسیدن اسباب و علل] مرگتان یک سوم مالتان را وصیت کنید، تا با اعمال نیک‌تان افزوده شود. و به دلیل این‌که ظاهر این حالت نشانه‌ی مرگ است، بنابراین بخشش‌های او در این حالت در حق ورثه‌ها همانند وصیت است، لذا از یک سوم تجاوز نمی‌کند.

از اهل ظاهر حکایت شده است که هبه‌ی قبض شده از رأس المال محسوب می‌گردد.

۲. اما تبرعات و بخشش‌هایی که مربوط به بعد از مرگ باشد: چنین تبرعاتی در حکم وصیت می‌باشند، به اتفاق فقها تنفیذ آن متوقف بر بودن آن از یک سوم ترکه یا اجازه دادن ورثه‌ها در صورتی‌که افزون بر یک سوم باشد، است، زیرا احمد از ابو زید انصاری روایت کرده که گفت: ((مردی شش تن از برده‌های خود را در بیماری قبل از وفات قرار داشت آزاد کرده بود و غیر از آن مال دیگری نداشت، پیامبرﷺ به قید قرعه دوتای آنان را آزاد نمود و چهارتای دیگر را باقی گذاشت)).[۳]

اما قانون مدنی کشور مصر در ماده (۹۱٦) و سوریه در ماده (۸۷۷) بخشش‌های قطعی شده‌ی بیماری که در بستر مرگ قرار دارد را در حکم وصیت قرار داده‌اند، به سبب ظهور قصد تبرعات از آن و به دلیل آنچه که از دلایل و قراین آن را احاطه کرده و بر آن دلالت می‌کند، و این برای قرار دادن تصرف قانونی به ما بعد مرگ کافی‌است و احکام وصیت از هر جهتی بر آن سرایت می‌کند.

---

[۱]. محاباة: این است که چیزی را با مال خود تعویض کند و قسمتی از مال خود را به کسی که با او تعویض کرده است ببخشد.(المغنی: ۶/ ۹۲).

[۲]. پنج تن از صحابه یعنی ابوهریره، ابودرداء، معاذ، ابوبکر صدیق و خالدبن عبید این حدیث را روایت کرده‌اند، حدیث ابوهریره را با همین لفظ ابن ماجه و بزار روایت کرده‌اند (نصب الرایة:۴/۳۹۹-۴۰۰).

[۳]. به روایت احمد، و ابوداود نیز روایتی به معنی این روایت آورده و در آن آمده است: ((اگر قبل از دفن او حاضر بودم، در قبرستان مسلمانان دفن نمی‌شد)) و نسائی نیز آن را تخریج کرده است، و رجال اسناد آن رجال صحیح می‌باشند . (نیل الاوطار: ۴۱/۶ و ما بعد آن).

فصل سوم کفالت و سرپرستی

مبحث اوّل: انواع کفیل‌ها و سرپرست‌ها:

وصیّ در کل سه نوع می‌باشد: وصیّ خلیفه، وصیّ قاضی، وصیّ مختار.

وصیّ خلیفه به کسی گفته می‌شود که خلیفه مسلمانان وصیت می‌کند اگر صلاحیت داشته باشد با او بیعت کنند، در شرع اسلام خلیفه مسلمانان می‌توانند برای مسلمانان بعد از خود جانشین تعیین کند. صاحب مهذب[1] گفته است: کسی که به خلافت مسلمانان رسیده باشد برای او جایز است و می‌تواند وصیت کند بعد از او با شخص دیگری که شایسته‌ی خلافت باشد بیعت کنند، زیرا حضرت ابوبکر ﷺ وصیت نمود که با حضرت عمر بیعت کنند و حضرت عمر ﷺ وصیت کرد از میان اعضای شوری که او تعیین کرده بود یکی را برای امر خلافت انتخاب کنند و یاران پیامبر ﷺ خداوند از آنان راضی باد به آن راضی شدند.

از این مطالب چنین برداشت می‌شود که بیعت کردن مردم با وصیّ خلیفه لازم است.

اما وصیّ قاضی یا حاکم: کسی است که قاضی او را جهت اشراف بر امور مالی تعیین می‌کند.

و وصیّ مختار: به کسی گفته می‌شود که شخصی در حیات خود قبل از مرگ او را جهت تدبیر شؤون کسی که اموری مالی خود را نتواند اداره کند، تعیین می‌نماید. اسم این مطلب وصایة (کفالت و سرپرستی) است، قبول کفالت و سرپرستی برای کسی که نیرو و توانایی آن را داشته باشد ثواب دارد زیرا همکاری در جهت نیکی و تقوی می‌باشد، و به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ﴾ ((و درباره یتیمان می‌پرسند (که نظر اسلام راجع به معامله و مخالطه با ایشان چیست ؟). بگو: هر چیز که صلاح ایشان در آن باشد، نیک و پسندیده است.)) [بقره:۲/۲۲۰]. علمای احناف و حنابله گفته‌اند: نپذیرفتن آن بهتر است زیرا در آن خطر وجود دارد.

سخن در این مبحث در رابطه با وصیّ اختیاری و شروط او که مربوط به تدبیر شؤون قاصرین می‌شود، است که بعد از مرگ موصِی مأمور به تصرف می‌باشد و در کتاب‌های فقهی

---

[1]. ۱/ ۴۴۹، غاية المنتهى:۲/ ۳۷۹.

عنوان موصی‌الیه برای آن تعیین شده است، در مبحث حَجر مهم‌ترین احکام آن را توضیح داده‌ام.

مبحث دوّم: ارکان کفالت:

کفالت دارای جوانب و ارکان چهارگانه به تعبیر غیر احناف می‌باشد که عبارتند از: موصِی(وصیت کننده)، وصیّ (کفیل)، موصی‌فیه(کسانی که کفیل برایشان تعیین می‌شود) و صیغه. احکام هر یک از این ارکان را به ترتیب ذکر خواهم کرد.[1]

۱. **موصِی:** به اتفاق فقها وصیت هر انسانی که آزاد و مکلف(بالغ و عاقل) و مختار باشد نافذ می‌گردد. از دیدگاه علمای شافعیه تعیین وصی توسط شخص مست صحیح است. هم‌چنین شرط است که موصِی رشید باشد. پدری که محجورعلیه باشد نمی‌تواند وصیّ فرزند صغیر یا سفیه خود باشد. اما از دیدگاه مالکیه و حنابله وصیت کردن ممیز صحیح است.

از دیدگاه شافعیه موصِی باید دارای دو شرط در امر اطفال باشد: از جهت شرع بر آنان ولایت داشته باشد، این‌که پدر یا پدر بزرگ باشد، بنابراین این تعیین وصیّ بر آنان توسط برادر، عمو، وصیّ و قیم جایز نیست، هم‌چنین مادر نیز طبق مذهب نمی‌تواند وصیّ تعیین کند. پدر در حال زنده بودنِ پدر بزرگ نمی‌تواند برای فرزندان خود وصیّ تعیین کند، زی ا ولایت پدر بزرگ شرعاً ثابت است، پس نقل ولایت از پدر بزرگ به شخص دیگری همانند ولایت در تزویج جایز نیست.

علمای شافعیه و حنابله گفته‌اند: وصیّ نمی‌تواند به شخص دیگری وصیت کند مگر این‌که به او اجازه‌ی چنین کاری داده شده باشد که طبق قول اظهر در این صورت می‌تواند شخص دیگری را به عنوان وصیّ تعیین کند.

علمای مالکیه به چند شرط به مادر اجازه داده‌اند که برای فرزندان خود کفیل و سرپرست تعیین کند: مال اندک باشد، مانند شصت دینار، و مال از او ارث برده شود، این‌که مال از آنِ او باشد و او در آن حالت بمیرد، و این‌که موصی‌علیه ولی از قبیل پدر، یا وصیّ یا وصیِّ قاضی نداشته باشد. اگر مال زیاد باشد، مادر نمی‌تواند کفیل تعیین کند. اگر دارایی کودک از جهتی غیر مادر باشد مانند این‌که از جانب پدرش باشد یا هبه و بخشش باشد، در این صورت مادر

---

[1] . الدرالمختار: ۵/ ۴۹۴- ۵۱۳، الشرح الصغیر: ۴/۶۰۴ -۶۱۲، الشرح الکبیر:۴/ ۴۵۲ و ما بعد آن، مغنی المحتاج: ۳/۷۴-۷۸، المهذب: ۱/۴۶۳- ۴۶۴، کشاف القناع : ۴/ ۴۳۶- ۴۴۵، غایة المنتهی: ۲/ ۳۷۸ و ما بعد آن، الهدایة مع تکملة فتح القدیر: ۸/ ۴۹- ۵۰۳.

نمی‌تواند وصیّ تعیین کند بلکه حکم آن به نزد حاکم برده می‌شود. اگر فرزند ولی دیگری از قبیل پدر یا وصیّ داشته باشد، در این صورت مادر بر فرزندانش کفالت ندارد.

۲. وصیّ: وصیّ باید مکلّف (بالغ و عاقل)، آزاد، و دارای عدالت هرچند ظاهری، آگاهی به امور تصرف در موصی‌به (رشد مالی) و امانت و اسلام باشد.

تعیین کردن کودک و شخص دیوانه به عنوان کفیل و سرپرست جایز نیست، زیرا آنان برخود ولایت ندارد پس چگونه می‌توانند مسؤولیت امور دیگران را به عهده بگیرند.

از دیدگاه علمای حنفی و شافعی تعیین کردن عبد هرچند با اجازه‌ی سید او باشد به عنوان کفیل و سرپرست جایز نیست، زیرا برده در دارایی پدرش تصرف نمی‌نماید پس چگونه صلاحت کفیل و سرپرست شدن برای دیگران را داشته باشد، اما علمای مالکیه و حنابله کفیل شدن عبد با اجازه سیدش را جایز دانسته‌اند، زیرا او صلاحیت محافظت بر مال را دارد، به دلیل این‌که پیامبرﷺ فرمود: ((والخادِمُ راعٍ فی مالِ سَیِّدِهِ، و هُوَ مَسؤولٌ عَنه)): خدمتکار نگهبان و محافظ مال سیدش می‌باشد و مسؤول آن است.[1]

هم‌چنین تعیین کردن شخص فاسق و خائن برای امر کفالت و سرپرستی جایز نیست، زیرا کفالت ولایت و امین دانستن است. هنگامی که کفیل عادل باشد سپس فاسق شود، از مسؤولت خود عزل می‌شود و تصرفات او مردود خواهد بود.

هم‌چنین تعیین کردن شخص غیر رشید که به خاطر سبک مغزی، بیماری، پیری یا غفلت نتواند به نحو احسن در موصی‌به تصرف کند جایز نیست، زیرا در تعیین کردن چنین اشخاصی هیچ‌گونه مصلحتی وجود ندارد.

هم‌چنین تعیین کردن شخص غیر امین صحیح نیست، اگر خیانت او ثابت شود عزل او از وصیّت واجب می‌شود، مسلمان نمی‌تواند شخص کافر را به عنوان کفیل تعیین کند، زیرا کافر بر مسلمان ولایت ندارد و به دلیل این‌که کافر متهم است، خداوند می‌فرماید: ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً ﴾ ((هرگز خداوند کافران را بر مؤمنان چیره نخواهد ساخت.)) [نساء:١٤١] و نیز می‌فرماید: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لاَ يَأْلُونَكُمْ خَبَالاً وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ ﴾ ((ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از غیر خود محرم اسرار برنگزینید، آنان

---

[1]. به روایت احمد و شیخین و ابو داود و ترمذی از ابن عمر.

از هرگونه شر و فسادی در حق شما کوتاهی نمی‌کنند. آنان آرزوی رنج و زحمت شما را (در دل) دارند.)) [آل عمران: ۱۱۸].

لیکن کافر ذمی می‌تواند در امور فرزندان کفار شخص ذمی یا مسلمانی را به عنوان کفیل و سرپرست تعیین کند، مشروط بر این‌که ذمی در دین خود دارای عدالت باشد، چنان‌که جایز است برای ایشان ولیّ باشد، هم‌چنین مسلمانی که برای چنین مسؤولیتی انتخاب می‌شود باید عادل باشد.

هنگامی که عدالت او ضعیف باشد و یا این‌که او از اجرای عدالت ناتوان باشد شخص دیگری نیز که قوی و امین باشد با او همراه کرده می‌شود.

علمای حنابله برای صحت تعیین وصیّ قدرت و توانایی بر کار کردن را شرط نکرده‌اند بلکه از دیدگاه آنان تعیین شخص ضعیف به عنوان کفیل و سرپرست جایز است.

علمای حنابله وصیّت شخص مُنتَظَر را جایز دانسته‌اند: کسی که انتظار می‌رود اهلیت او کامل شود، مانند این‌که شخصی را به عنوان کفیل و سرپرست تعیین کند و بگوید بعد از بلوغ یا بعد از حضور از غیبتش و یا سلامتی از دیوانگی، یا زوال فسق و سفه و مسلمان شدن کفیل و سرپرست شود.

ذکورت و بینا بودن شرط وصیّ (کفیل) نمی‌باشد زن می‌تواند کفیل شود، زیرا اهل شهادت است، به دلیل این‌که حضرت عمر ﷺ حضرت حفصه رضی الله عنها را به عنوان کفیل دخترش تعیین نمود[۱]، مادر فرزندان به خاطر شفقت و مهربانی‌اش هنگامی که دارای شرایط باشد از دیگر زنان جهت این مسؤولیت بهتر است. شخص نابینا صحیح است که به عنوان کفیل تعیین شود، زیرا او هم اهل شهادت است لذا تعیین کردن او به عنوان کفیل همانند شخص بینا صحیح است، و به دلیل این‌که او می‌تواند اعمالی را که خود شخصاً نتواند انجام دهد شخص دیگری را وکیل نماید.

تعدد کفیل‌ها: تعدد کفیل‌ها جایز است، ممکن است برای دو شخص با یک لفظ وصیت کند، مانند این‌که بگوید: شما دو تا را به عنوان کفیل و سرپرست قرار می‌دهم، یا با دو لفظ یا در دو زمان، به دلیل آنچه که از حضرت فاطمه دختر پیامبر ﷺ روایت است که نظر در وقف خویش را به حضرت علی واگذار نمود، و در صورت بروز حادثه‌ای آن را به دو فرزندش واگذار نماید که آن دو جانشین او شوند.

---

[۱]. به روایت ابوداود.

بر اساس رأی احناف و مالکیه یکی از دو وصیّ نمی‌تواند به تنهایی بدون دیگری تصرفاتی را انجام دهد چه تعیین آن دو با یک عقد یا با دو عقد بوده باشد مگر این‌که موصِی تصریح به جواز انفراد کرده باشد، و اگر تصریح نکرده باشد هنگامی که یکی از آنان تصرفات دیگری را اجازه دهد و با هم همکاری نمایند، یکی از آنان در خرید، فروش یا نکاح و غیره جز با وکیل کردن نمی‌تواند تصرفی انجام دهد.

اگر یکی از آنان بمیرد یا در مسأله‌ای مانند خرید یا فروش یا به ازدواج در آوردن اختلاف نظر پیدا کردند، از دیدگاه مالکیه حاکم آنچه را که در آن مصلحت باشد از قبیل مستقل نمودن وصیّ زنده در امر کفالت یا قرار دادن شخصی دیگر با او، یا رد کردن فعل یکی در حالت اختلاف یا تأیید کردن یکی، انجام می‌دهد.

یکی از دو وکیل نمی‌تواند در حیات دیگری بدون اجازه‌ی او شخص دیگری را به جای خود قرار دهد، اما در صورتی که اجازه دهد جایز است. کفیل‌ها نمی‌توانند مالی را که به عنوان کفیل بر آن تعیین شده‌اند تقسیم نمایند. و علمای احناف گفته‌اند: اگر موصِی در حال جان دادن یا دیوانگی یا چیزی که عزل او را ایجاب کند شخص دیگری را کفیل قرار دهد یا یکی از دو کفیلی که زنده است را کفیل نماید به وصیت او عمل می‌شود. و اگر وصیت نکند قاضی شخص دیگری را با او همراه می‌نماید.

هم‌چنین شافعی و حنابله[۱] مقرر داشته‌اندکه: یکی از دو وکیل نمی‌تواند به تنهایی در مال تصرف کند مگر این‌که موصِی تصریح به انفراد کرده و آن را اجازه داده باشد، زیرا موصِی غیر از تصرف هر دو باهم راضی نبوده است و انفراد یکی از آنها مخالف این امر است. اگر یکی از دو کفیل دچارضعف یا فسق شود یا بمیرد در حالی که موصِی راضی به انفراد یکی از آنها باشد، کفیل دیگری می‌تواند تصرف کند و شخص دیگری جایگزین کفیلی که مرده یا دچار فسق شده نمی‌شود زیرا در این صورت موصِی به تصرف تک تک آنها به تنهایی راضی بوده است.

اما در حالت وصیت کردن برای هر دو اگر یکی از آنها دچار ضعف شود شخص دیگری به عنوان همکار به او پیوسته نمی‌شود، در صورتی که یکی از آن دو دچار فسق شود یا بمیرد حاکم شخص دیگری را به عنوان جانشین او تعیین می‌کند، زیرا موصِی به سرپرستی یکی از آنها به تنهایی راضی نبوده است، حاکم نمی‌تواند همه تصرفات را به دوّمی واگذار نماید، زیرا

---

[۱] . المهذب: ۱/ ۴۶۳، کشاف القناع: ۴/ ۴۳۸ و ما بعد آن، مغنی المحتاج:۳/۷۷ و ما بعد آن.

موصِی به اجتهاد یکی از آنها به تنهایی راضی نبوده است، آنان [شوافع و حنابله] در این مسأله همانند احناف هستند.

آنچه که گفته شد در ارتباط با وصیت‌های غیر معین بود، اما در مواردی مانند برگشت دادن اعیانی که استحقاق شخص دیگری را داشته باشد از قبیل عین غصب شده، ودیعه‌ها، اعیانی که برای شخص دیگری وصیت شده باشد و پرداخت بدهی که جنس آن در میان ترکه وجود داشته باشد، یکی از دو کفیل به تنهایی می‌تواند انجام دهد.

علمای احناف ده مورد از موارد ضروری که جدا کرده‌اند که یکی از دو کفیل به تنهایی بدون اجازه دیگری می‌تواند مسؤولیت آن را انجام دهد که عبارتند از:۱- خرید کفن موصِی، ۲- وسایل تجهیز، ۳- دفاع از حقوق او، زیرا در این موارد عاتاً هر دو حاضر نمی‌شوند، در صورتی هم که حاضر شوند تنها یکی از آنها سخن می‌گوید.٤- خرید نیاز کودک از قبیل غذا و لباس، زیرا در صورت تأخیر کودک متضرر می‌شود. ٥- قبول هبه برای کودک؛ زیرا در تأخیر آن احتمال از دست دادن وجود دارد.٦- آزاد کردن برده‌ای معین، زیرا نیازی به رأی و نظر کفیل دوّمی ندارد، بر خلاف آزاد کردن برده‌ای کهمعین نگشته است زیرا آن نیاز به نظر دیگری دارد. ۷و۸ - برگشت دادن ودیعه و تنفیذ وصیت در صورتی که این دو مورد معین باشند؛ زیرا در این صورت نیازی به مشورت نیست. ۹ و ۱۰ - فروختن چیزی که تلف می‌شود و جمع اوری اموال گمشده و ضایع شده‌ی موصِی.

برخی از علمای احناف هفت مورد دیگر را نیز بر این موارد افزوده‌اند که عبارتند از: ۱ - برگشت دادن مال غصب شده، ۲- چیزی که با عقدی فاسد خریداری شده باشد. ۳- تقسیم کیلویی یا وزنی با شریک موصِی. ٤- طلب بدهی موصِی و پرداخت بدهی او، ٥- حفظ مال یتیم؛ زیرا کسی که مال یتیم در دست او باشد واجب است آن را محافظت کند، ٦ - پرداخت قیمت چیزی که موصِی خریده است، اجاره دادن خود یتیم در کارهای آزاد.

علمای احناف و شافعیه اتفاق نظر دارند بر این‌که در صورتی که دو کفیل در حفظ مال اختلاف نظر پیدا کردند، محافظت از مال بین آن دو تقسیم می‌گردد مشروط بر این‌که قابل تقسیم باشد، در غیر این صورت هر کدام از آنان برای زمانی معین محافظت از آن را به عهده می‌گیرد یا نزد شخص دیگری به ودیعه می‌گذارند، زیرا آنان حق و ولایتِ به ودیعه گذاشتن را دارند.

علمای حنابله گفته‌اند: مال بین آن دو تقسیم نمی‌گردد، زیرا آن دو در نگهداری که ملازم شرکت در تصرف است شریک می‌باشند، بلکه مال در مکان دیگری تحت نظر هردو قرار داده می‌شود، اگر آن هم ممکن نبود هر دو بر مهر و امضا می‌گذارند و امین قاضی داده می‌شود.

۲ . موصی‌فیه:

تعیین کفیل جز در تصرف معلومی که موصِی مالک آن باشد صحیح نیست، تا کفیل بداند در ارتباط با چه چیزی به او وصیت شده است تا از آن نگهداری کند و در آن تصرف نماید، زیرا تعیین کفیل همانند وکالت است و کفیل مجاز به تصرف است و تصرف او جز در کارهای معلوم که موصِی مالک آن است جایز نمی‌باشد، اعمالی که کفیل می‌تواند در آن تصرف نماید عبارتند از: پرداخت بدهی، توزیع وصیت و اشراف بر امور افراد غیر رشید از قبیل کودک، دیوانه و سبک مغز، بازپس دادن ودیعه‌ها به صاحبانش، استرداد آن از دیگران، برگشت دادن غصب شده، تعیین کردن امام شخصی را برای خلافت، اقامه حد تهمت، این مورد اخیر از دیدگاه حنابله و شافعیه می‌باشد، کفیل تنها آن را برای خود موصِی به عهده می‌گیرد، نه برای موصی‌الیه.

از دیدگاه حنابله تعیین کفیل برای تزویج دختر هرچند صغیره و کمتر از نه سال سن داشته باشد، صحیح است، کفیل پدر همانند او در صورت باکره بودن دختر ولی مجبر او خواهد بود یا اینکه بیوه‌ای باشد که کمتر از نه سال سن دارد، زیرا در این مورد جانشین پدر است.

از دیدگاه علمای شافعیه وصیت کردن برای تزویج کودک با وجود پدربزرگ صحیح نمی‌باشد، زیرا دختر صغیره و پسر صغیر را کسی جز پدر و پدر بزرگ نمی‌تواند او را به ازدواج در آورد یا ازدواج را برای او قبول کند، و به دلیل حدیث ((السلطانُ ولی من لا ولی لَه))[1] سلطان ولی کسی است که ولی ندارد، اما این زمانی است که کودک بالغ شود و نظر کفیل به خاطر سبک مغزی بر آن استمرار داشته باشد، اجازه‌ی او در نکاح معتبر دانسته می‌شود.

هنگامی که موصِی کفالت شخصی را مخصوص به حفظ و نگهداری نماید یا به صورت عموم او را کفیل نماید از گفته‌ی موصِی پیروی می‌کند، و در صورتی که تعیین کفیل را به صورت مطلق در امور اطفال ذکر نماید و از تصرف سخنی نگوید، کفیل می‌تواند در مال تصرف کند و با اعتماد بر عرف از آن نگهداری نماید.

---

[1] به تخریج احمد و ترمذی و ابوداود و ابن ماجه از عائشه (نیل الوطار:۶/ ۱۱۸).

۳ صیغه:

کفالت با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد، موصِی می‌گوید: به تو وصیت کردم یا فلان امور را به تو محول کردم، و یا تو را در امور فرزندانم بعد از مرگم در جای خود قرار دادم یا تو را کفیل نمودم. اشاره و کتابت شخص گنگ کافی است، از دیدگاه شافعیه کسی که سخن می‌گوید اما زبانش بند شده است اگر با سر اشاره کند یا بعد از خواندن نوشته تنها بله بگوید کافی است زیرا او هم همانند گنگ است. در امر کفالت قبول شرط است، زیرا کفالت عقدی است که تصرف به دنبال دارد پس با وکالت شباهت دارد، در قول اصح از دیدگاه شافعیه قبول با تأخیر صحیح است.[1] و این گفته با مذهب حنفی موافق می‌باشد.

احناف گفته‌اند:[2] هنگامی که کفیل با علم موصِی وصیت را رد کند صحیح است، اگر موصِی به آن علم نداشته باشد در غیبت او رد کردن صحیح نمی‌باشد تا این‌که از جهت او فریب داده نشده باشد. اگر موصی‌الیه سکوت کند تا این‌که موصِی فوت کند او می‌تواند بپذیرد یا رد کند زیرا در این صورت هیچ فریب دادنی وجود ندارد. در صورتی که موصی‌الیه سکوت کند سپس بعد از فوت موصِی رد نماید، سپس قبول کند، وصیت نمودن صحیح است مگر این‌که قاضی رد کردن او را تنفیذ کرده باشد، که در این صورت قبول آن بعد از ردِّ قاضی صحیح نمی‌باشد. عقد وصیت با فروختن چیزی از ترکه لازم می‌گردد هرچند که شخص نداند که به عنوان کفیل تعیین شده است، اگر کفیل علم به آن داشته باشد که به عنوان کفیل تعیین شده است فروختن چیزی در صحت تصرف او شرط نمی‌باشد.

از دیدگاه احناف و حنابله صحیح است کفیل در حیات موصِی تعیین شدن خود به عنوان کفیل را قبول کند، زیرا تعیین او به معنی اجازه دادن در تصرف می‌باشد، لذا بعد از عقد همانند وکالت قبول او صحیح است. بر خلاف وصیت به مال، زیرا آن تملیک در یک زمان است، لذا قبول قبل از آن زمان صحیح نمی‌باشد، بعد از وفات موصِی هم قبول صحیح است، زیرا آن هم نوعی وصیت است، قبول آن همانند وصیت مال بعد از وفات موصِی صحیح است، و هرگاه قبول کند به عنوان کفیل تعیین می‌گردد، و انجام تصرفات به منزله‌ی قبول لفظی می‌باشد، چنان که در وکالت به اتفاق این گونه است، و قبول لفظی شرط نمی‌باشد.

---

[1]. مغنی المحتاج: ۳/ ۷۷

[2]. الدرالمختار: ۵/ ۴۹۵.

از دیدگاه علمای شافعیه قبول و رد کفیل در حیات موصِی صحیح نمی‌باشد، زیرا همانندوصیت به مال زمان تصرف او فرا نرسیده است، اگر در حیات موصِی قبول کند سپس بعد از وفات او رد نماید، عقد منتفی می‌گردد، اما در صورتی که در حیات موصِی رد کند سپس بعد از وفات او قبول نماید عقد صحیح است.

در تعیین کفیل تعیین وقت و تعلیق آن صحیح است.[1] مثال اول: تا یک سال یا تا زمان بلوغ پسرم یا تا زمان آمدن زید به شما وصیت می‌کنم یا تو را به عنوان کفیل تعیین می‌نمایم. مثال دوّم: زمانی که وفات کردم تو را کفیل می‌نمایم، زیرا در کفالت احتمال جهالت‌ها و خطرها وجود دارد، هم‌چنین در تعیین وقت و تعلیق آن، و به دلیل این‌که تعیین کفیل همانند امارت است، پیامبرﷺ زید بن حارثه را به عنوان امیر سریه‌ای در غزوه مؤته تعیین نمود و فرمود: ((اگر زید شهید شد جعفر امیر شود، و اگر جعفر شهید شد عبدالله بن رواحه امیر شود)).[2]

مبحث سوم: احکام تصرفات کفیل

۱. خرید و فروش:

علمای احناف گفته‌اند:[3] خرید و فروش کفیل با شخص اجنبی که طبق عادت مردم در آن دچار ضرر و زیان‌هایی می‌شوند صحیح است، و آن ضرر اندکی است که نجات از آن ممکن نمی‌باشد، اما مقصود خرید و فروشی که او عادتاً در آن دچار ضرر و زیان فاحش می‌شود، نمی‌باشد، زیرا ولایت او مقید به مصلحت است، کفیل نمی‌تواند از میان مال یتیم چیزی را با ضرر زیاد[4]؛ بفروشد اما فروش با ضرر اندک جایز است.

اگر کفیل مال یتیم را بفروشد یا برای خود خریداری کند، اگر کفیل تعیین شده توسط قاضی باشد، مطلقاً این کار برای او جایز نیست، زیرا وکیل او می‌باشد، اما اگر کفیل تعیین شده توسط پدر یتیم باشد از دیدگاه ابوحنیفه مشروط بر این‌که منفعت ظاهری برای صغیر داشته باشد

---

[1] . مغنی المحتاج: ۳/ ۷۷

[2] . به روایت بخاری.

[3] . الدرالمختار: ۵/ ۵۰۰- ۵۰۳، ۵۱۲- ۵۱۳.

[4] . صحیح در تفسیر ضرر فاحش از دیدگاه احناف آن است که تحت قیمت گذاری قیمت گزاران داخل نمی‌باشد.

که به مقدار اندکی بیشتر یا کمتر از نصف می‌باشد. اما از دیدگاه دو شاگرد امام ابوحنیفه مطلقاً جایز نمی‌باشد.

پدر می‌تواند مال صغیر را با قیمت مثل آن برای خود خریداری کند و به قیمتی که عاتاً مردم در آن دچار زیان اندکی می‌شوند، و به قیمت کمتر از مثل آن جایز نیست.

همه احکامی که گفته شد در ارتباط با مال منقول بود. برای کفیل جایز است دارایی غیر زمین که ملک موصی‌علیه کبیر بوده و او غایب می‌باشد بفروشد، و مطلقاً فروختن زمین جهت پرداخت بدهی یا ترس از هلاک شدن زمین جایز است. اگر موصی‌علیه بالغ حاضر باشد، کفیل نمی‌تواند اصلاً دخالتی در ترکه نماید مگر این‌که میت بدهکار باشد یا وصیتی نموده باشد و ورثه‌ها بدهی او را پرداخت ننمایند و وصیت او را از دارایی خودشان تنفیذ نکنند، کفیل در صورتی که بدهی همه ترکه میت را فراگرفته باشد می‌فروشد و در غیر این صورت به اندازه بدهی می‌فروشد تا بدهی او را پرداخت نماید. و از دیدگاه ابوحنیفه برخلاف اعتقاد دو شاگردش می‌تواند مازاد بر بدهی را نیز بفروشد اما به گفته‌ی دو شاگرد ابوحنیفه فتوی داده می‌شود. و وصیّت را به مقدار یک سوم تنفیذ می‌کند، اگر بخشی از ترکه به مقداری که وصیت کرده است بفروشد به اتفاق علمای احناف جایز است.

کفیل می‌تواند زمین موصی‌علیه صغیر را به شخص دیگری به بیشتر از قیمت آن بفروشد اما نمی‌تواند خود آن را خریداری کند. کفیل می‌تواند برای نفقه‌ی صغیر، پرداخت بدهی میّت، تنفیذ وصیت مرسله که از غیر آن مال تنفیذ نمی‌گردد یا این‌که بهره‌ی آن بیشتر از هزینه آن نباشد، یا به خاطر ترس از خرابی یا نقصان، یا این‌که در دستان شخصی متغلب باشد، مانند این‌که کفیل آن را استرداد نماید اما شاهد نداشته باشد و ترس آن داشته باشد که متغلب دوباره آن را از او پس بگیرد، در این موارد کفیل می‌تواند بفروشد هرچند که کودک به پول آن نیاز نداشته باشد.

این احکام که گفته شد زمانی است که کفیل توسط مادر یا برادر یا دیگر اقربه‌ها غیر از پدر و پدربزرگ و قاضی تعیین شده باشد، زیرا کفیل تعیین شده توسط مادر یا برادر یا دیگر اقربه‌ها مطلقاً اجازه فروش زمین را ندارد، و جز غذا و لباس چیز دیگری را نمی‌تواند خریداری کند.

اما پدر نیکوکار از دیدگاه مردم یا پدری که حال و وضعیت او بر ای مردم پوشیده است می‌تواند زمین فرزندصغیرش را بدون داشتن مجوزهای نامبرده بفروشد، زیرا شفقت و مهربانی کامل نسبت به فرزندش دارد.

پدر یا پدربزرگ می‌توانند مال فرزند صغیر را به قیمت مثل آن به اجنبی بفروشند مشروط بر این‌که دارای نظر فاسد نباشد. در صورتی که دارای نظر فاسد باشد فروختن زمین برای او جایز نمی‌باشد و صغیر می‌تواند بعد از بلوغ آن معامله را بر هم زند مگر این‌که به قیمت بیشتر از مثل آن فروخته باشد. هم‌چنین در رواتی که به آن فتوی داده می‌شود نمی‌تواند مال منقول را جز با قیمت بیشتر از مثل آن بفروشد.

پدر یا پدربزرگ می‌تواند مال یکی از دو فرزند کوچک را به دیگری بفروشد، اما کفیل اجازه‌ی چنین کاری را ندارد.

کفیل نمی‌تواند با مال کودک برای خود تجارت کند، در صورتی که چنین کند از دیدگاه ابوحنیفه و محمد سود آن را صدقه می‌نماید، اما می‌تواند با مال یتیم برای او تجارت کند، و بر رشد دادن به مال یتیم اجبار کرده نمی‌شود. جمهور فقها جز احناف اجازه داده‌اند که کفیل بر حسب مصلحت یا نیاز در مال و دارایی یتیم صغیر تصرف نماید.

اما علمای مالکیه در ارتباط با موصی‌علیه بالغ گفته‌اند: کفیل تعیین شده توسط میّت نمی‌تواند در حال حضور او ترکه را جهت پرداخت بدهی یا تنفیذ وصیت جز با حضور موصی‌علیه بالغ بفروشد، زیرا کفیل در مال و دارایی موصی‌علیه بالغ حق تصرف ندارد، در صورتی که فرزند کبیر غایب باشد یا اجازه ندهد مال فروخته شود، آنگاه حاکم به کفیل دستور فروش می‌دهد، یا شخص دیگری دستور می‌دهد که همراه با کفیل بفروشد، یا در صورتی که قابل تقسیم باشد تقسیم می‌نماید. در صورتی که قضیه به نزد حاکم کشیده نشود و کفیل ترکه را بفروشد در صورتی که عین فروخته شده باقی مانده باشد برگشت داده می‌شود، اما در صورتی که مبیع از دست مشتری بیرون رفته باشد مثلاً آن را بخشیده باشد،یا لباس را رنگ آمیزی نموده یا رشته را تافته باشد و غذا را خورده باشد بهتر آن است که بیع تأیید شود.

اما در حالت سفر، اگر شخصی بمیرد کفیل او می‌تواند کالای او را بفروشد.

حنابله گفته‌اند: اگر نیاز به فروش بعضی از زمین جهت مصلحت یتیم‌های کوچگ باشد و در فروش بعضی هم ضرر وجود داشته باشد، مثل این‌که قیمت آن برای کودک‌ها کاهش یابد، کفیل همه زمین را می‌فروشد، هم‌چنین در صورتی که آنانی که بالغ هستند مانع فروش باشند یا

غای باشدند، زیرا کفیل جانشین پدر است، پدر هم می‌تواند همه را بفروشد، وکیل هم هم‌چنین می‌تواند همه را بفروشد و به دلیل این‌که کفیل مالک بعضی است می‌تواند مالک فروش همه باشد، هم‌چنان که اگر همه صغیر باشند یا بدهی همه دارایی او را فراگرفته باشد، و به دلیل این‌که بدهی متعلق به کل ترکه می‌باشد.

۲. وکیل گرفتن یا وصیت کردن برای دیگری:

ابوحنیفه و مالکیه[1] وصیت کردن برای دیگری را جایز دانسته‌اند، و کفیلِ کفیل چه در مال کفیل یا در مال موصِی کفیل او وصیت شده باشد در هر دو ترکه کفیل است.

اما علمای شافعی و حنابله[2] برای کفیل جایز ندانسته‌اند که برای دیگری جز با اجازه‌ی موصِی وصیت کند، زیرا کفیل با اجازه دست به تصرف می‌زند، پس همانند وکیل مالک وصیت نمی‌باشد.

هم‌چنین از دیدگاه این دسته‌ی دوّم برای کفیل جایز نیست دیگری را کفیل کند مگر در اموری که عادتاً کفیل انجام نمی‌دهد، چنان‌که مسأله وکیل چنین است، مثل این‌که آنچه که به وصیت به او سپرده شده است جوانب و جهات فراوانی داشته باشد، طوری که کفیل برای ادای آن به کسانی نیاز داشته باشد که او را یاری کنند، هم‌چنین در صورتی که عمل مشقت‌زا باشد و او به تنهایی نتواند آن را انجام دهد و به شخصی قوی نیاز داشته باشد که او را همکاری کند، یا این‌که عمل نیاز به مهارت و تخصص داشته باشد در چنین مواردی جایز است شخص دیگری را وکیل کند که به جای او این اعمال را انجام دهد.[3]

۳. مضاربه با مال موصی‌علیه، مطالبه بدهی او، انفاق به معروف، ختنه کردن، پرداخت زکات فطر و ضمانت بدهی:

---

[1]. الدرالمختار و رد المحتار: ۵/ ۴۹۹، الشرح الصغیر: ۴/ ۶۱۱

[2]. کشاف القناع: ۴/ ۴۴۰، المهذب: ۱/ ۴۶۴، غایة المنتهی: ۲/ ۳۷۹.

[3]. المهذب: ۲/ ۴۶۴، تکملة المجموع: ۱۵/ ۱۵۲.

علمای مالکیه گفته‌اند:[1] کفیل می‌تواند مال موصی‌علیه را به اشخاصی بدهد تا این‌که در مقابل بخشی از سود آن تجارت کند، زیرا در این صورت برای صغیر منافعی در بر دارد، کفیل می‌تواند مال او را به هیچ کس جهت افزایش آن ندهد زیرا این کار بر کفیل واجب نمی‌باشد، چنان‌که از دیدگاه احناف در مبحث تجارت بیان شد.

کفیل می‌تواند بدهی موصی‌علیه را مطالبه کند بلکه بر او واجب است.

کفیل می‌تواند بدهی موصی‌علیه را در صورتی که وقت آن رسیده باشد بنا بر مصلحت او تأخیر نماید.

کفیل می‌تواند به صورت شایسته بر حسب حال کودک و مال او از جهت قلت و کثرت، بر او انفاق نماید، برای انجام ختنه و مراسم عروسی هم می‌تواند انفاق کند. می‌تواند نفقه را به موصی‌علیه بدهد مشروط بر این‌که مقدار زمان آن اندک باشد از جمله یک هفته یا یک ماه و بیم تلف کردن در آن نباشد، در صورتی که از تلف کردن بیم داشته باشد روز به روز نفقه‌اش را به او می‌دهد، این مطلب مورد اتفاق است. احناف افزوده‌اند: کفیل می‌تواند در راستای آموزش قرآن و آداب اسلامی اگر شایستگی آن را پیدا کرده باشد انفاق نماید، در غیر این صورت تنها برای آموزش مقداری که فراگیری آن در نماز واجب است انفاق می‌کند.

کفیل می‌تواند زکات فطر موصی‌علیه و کسانی که انفاقشان بر او واجب است از جمله مادر فقیر او را از دارایی‌اش پرداخت نماید. نیز می‌تواند زکات زراعت، چهارپایان، پول نقد و کالاهای تجارتی را پرداخت نماید.

علمای احناف گفته‌اند:[2] کفیل و پدر کودک صغیر نمی‌توانند مال او را به صورت قرض به کسی بدهند، اگر قرض دهند ضامن آن خواهند بود، و قاضی مالک آن خواهد بود. جایز نیست کفیل مال صغیر را به صورت قرض برای خود بردارد و در غیر این صورت بدهکار خواهد بود.

۴. تعیین سهم موصی‌لَه:

علمای احناف گفته‌اند:[1] کفیل می‌تواند به جانشینی از ورثه‌های بالغ در صورت غیاب یا ورثه‌های صغیر سهم موصی‌لَه در یک سوم را تعیین کند، و در صورت ضایع شدن سهم ورثه‌ها، آنان نمی‌توانند به موصی‌لَه مراجعه کنند، زیرا تقسیم او صحیح بوده است.

---

[1] . الشرح الصغیر: ۴/۶۰۹ – ۶۱۰.

[2] . الدرالمختار و ردالمحتار: ۵/ ۵۰۳.

اما تقسیم او به جای موصی‌لَه که غایب باشد، یا حاضر باشد اما بدون اجازه‌ی او با ورثه‌های صغیر صحیح نمی‌باشد،آنگاه موصی‌لَه در صورتی که سهم او ضایع شود به کفیل مراجعه می‌کند؛ زیرا مانند شریکی با کفیل می‌باشد، و کفیل ضامن آن نخواهد بود زیرا دست او دست امانت بوده است.

تقسیم قاضی در غیاب موصی‌لَه در اموالی که با کیلو یا وزن اندازه‌گیری می‌شوند و تعیین سهم او صحیح است، زیرا تقسیم در چنین اموالی مشخص و روشن نمودن سهم است. اما در غیر آن جایز نیست، زیرا مبادله‌ای همانند معامله است، و فروختن مال غیر جایز نیست، هم‌چنین تقسیم آن هم جایز نیست.

پدر مالی را که بین او و فرزندش مشترک است می‌تواند تقسیم نماید، اما پدربزرگ و کفیل نمی‌توانند.

علمای مالکیه[2]همانند احناف گفته‌اند: کفیل نمی‌تواند بدون حاکم دارایی ورثه‌های غایب را تقسیم و سهم آنان را تعیین کند، در صورتی که بدون حاکم چنین تقسیمی را انجام شود، تقسیم او باطل خواهد بود، و کسانی که در غیاب ورثه‌های بالغ و وکیل او بدون آگاهی حاکم ترکه را از کفیل خریداری کرده باشند و عالم به آن بوده باشند، حکم آنان حکم غصب کننده خواهد بود، و هیچ سودی برای آنان نخواهد بود و ضامن مال تلف شده خواهند بود حتی اگر با سببی از اسباب آسمانی باشد.

هم‌چنین علمای حنابله[3] گفته‌اند: تعیین سهم موصی‌لَه توسط کفیل بر ورثه‌ها نافذ می‌گردد، زیرا کفیل جانشین آنان است، پس عمل او همانند عمل آنان است، اما تعیین سهم توسط کفیل بر موصی‌لَه تنفیذ نمی‌گردد، زیرا کفیل جانشین موصی‌لَه نمی‌باشد و تصرف او همانند تصرف فضولی خواهد بود.

---

[1]. منبع سابق: ص ۴۹۹ و ما بعد آن، ۵۱۲.

[2]. الشرح الصغیر:۴/ ۶۰۷، الشرح الکبیر:۴/ ۴۵۳.

[3]. کشاف القناع: ۴/۴۴۱.

۵. اقرار کفیل به بدهی بر میّت، و آیا کفیل شایسته‌ی ولایت و سرپرستی است یا پدربزرگ؟

علمای احناف گفته‌اند:[1] برای کفیل جایز نیست اقرار به بدهی بر میّت بکند، هم‌چنین نمی‌تواند چیزی از ترکه‌ی میّت را به دیگری نسبت دهد، زیرا اقرار بر غیر خواهد بود، مگر این‌که اقرار کننده وارث باشد که در سهم او صحیح است.

اگر کفیل عینی را برای شخص دیگری اقرار نماید، سپس ادعا کند که از آنِ صغیر است اقرار او معتبر دانسته نمی‌شود.

کفیلی که توسط پدر تعیین شده باشد برای کودک از پدربزرگش شایسته‌تر است، اگر پدر کفیلی را تعیین نکرده باشد، پدربزرگ سرپرست یتیم می‌شود، ترتیب سرپرستی بر مال یتیم به این ترتیب است: پدر سپس کفیل پدر، سپس سرپرستی که کفیل تعیین می‌کند هرچند دور باشد، اگر پدر بمیرد در حالی که برای کودکش سرپرست و کفیلی تعیین نکرده باشد، سرپرستی کودک به عهده‌ی پدربزرگ سپس کفیل او، سپس کفیلِ کفیل او، در عدم وجود یکی از اینها به عهده‌ی قاضی یا کسی که قاضی منصوب می‌کند خواهد بود، بیان ترتیب اولیا از دیدگاه غیر احناف بیان شد.

٦. دفع مال به افراد محجور و راهنمایی کردن محجور:

علمای احناف[2] گفته‌اند: اگر کفیل بعد از بلوغ و ادراک اما قبل از ظهور رشد کودک مال را به او باز پس دهد و مال ضایع شود، از دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه کفیل ضامن آن است، زیرا مال را به کسی سپارده است که شایستگی آن را پیدا نکرده است. آشکار شدن رشد با شاهد مشخص می‌شود. اما در صورتی که رشد او ظاهر شده باشد هرچند قبل از بلوغ باشد، ضامن نخواهدبود.

ابوحنیفه گفته است اگر بعد از رسیدن به سن بیست و پنج سالگی ما را به او باز پس دهد ضامن نخواهد بود، زیرا در این سن می‌تواند مال او را به او بسپارد.

---

[1] . الدرالمختار: ۵/۵۰۴

[2] . منبع سابق: ص ۵۰۱.

مالکیه[1] هم همانند دو شاگرد ابوحنیفه گفته‌اند: گفته‌ی کفیل در بازپس دادن مال به محجور بعد از رشدجز با شاهد پذیرفته نمی‌شود هر چند که زمان بعد از رشد طولانی باشد، خداوند می‌فرماید: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيباً﴾ ((و هنگامی که اموالشان را به خودشان (بعد از بلوغ) بازپس دادید، بر آنان شاهد بگیرید، و (اگرچه علاوه از گواهان، خدا گواه است و) کافی است خدا حسابرس و مراقب باشد.)) [نساء: ٦]

احناف گفته‌اند: اصل بر این است که هر آنچه که کفیل مسلط بر آن بوده باشد، در آن رابطه گفته‌ی او تصدیق می‌شود و در غیر این صورت تصدیق نمی‌شود، گفته‌ی کفیل در انفاق بدون شاهد پذیرفته می‌شود مگر در چند مورد که مهمترین آنها عبارتند از:

هنگامی که بعد از فروش ترکه و قبل از دریافت قیمت آن ادعا کند بدهی میّت را از مال خود پرداخت کرده است. یا ادعا کند که کودک در کوچکی مال شخص دیگری را تلف کرده است و او ضمانت آن را پرداخت نموده است، یا اجازه‌ی تجارت داده و در نتیجه بدهکار شده است و او از مال خود آن بدهی‌ها را پرداخت نموده است، یا ادعا کند که مالیات و خراج زمین او را داده است و ادعای او همزمان با روز اختلاف و دادرسی صلاحیت زراعت را نداشته باشد، یا این‌که ادعا کند بر محرم او انفاق کرده است و او مرده است. یا در ذمه‌ی خود بر یتیم انفاق کرده است، یا از دارایی شخصی‌اش در حال غیاب مال کودک بر او انفاق نموده و اراده‌ی بازپس گرفتن آن از مال کودک را داشته است.

یا ادعا کند که زنی را به ازدواج یتیم در آورده و مهریه او را از مال خودش داده است و آن زن در حال حاضر مرده است و یتیم اقرار به ازدواج نکند. در صورتی که یتیم اقرار به ازدواج نماید، کفیل می‌تواند آن مهریه را از مال او دریافت کند، چه زن زنده باشد یا مرده.

یا کفیل تجارت کرده باشد و سود برده باشد سپس ادعا کند که با مال یتیم مضاربه کرده است.

در این حالت‌ها گفته‌ی یتیم معتبر دانسته می‌شود و کفیل ضامن است مگر این‌که گفته‌ی خود را با شاهد بیان کند.

حنابله[2] گفته‌اند:گفته‌ی کفیل جز با وجود شاهد مگر در حالت ضرورت از قبیل هزینه تجهیز و تکفین در سفر، پذیرفته نمی‌شود.

---

[1]. الشرح الصغير: ۴/ ۶۱۲.

[2]. كشاف القناع: ۴/ ۴۴۱

۷. شهادت کفیل‌ها:

ابوحنیفه[1] گفته است: شهادت کفیل‌ها برای وارث صغیر به مال، و برای وارث بالغ به مال میّت به طور مطلق باطل است[2] و شهادت دو کفیل به غیر مال میّت به خاطر انقطاع ولایت آنها از او صحیح است، و آنگاه هیچ تهمتی وجود ندارد، زیرا میّت کفیل را در جای خود در ترکه قرار داده است نه در غیر آن.

بطلان شهادت برای وارث صغیر به این علت است که کفیل ولایت تصرف در مال او را دارد، و شهادت دو کفیل ظاهر کننده ولایت تصرف در آنچه که بر آن شهادت می‌دهند برای خودشان است، اما بطلان شهادت برای وارث بالغ به این علت است که کفیل ولایت بر حفظ و بیع منقول در غیاب وارث دارد، لذا تهمت محقق می‌شود. این قول راجح نزد احناف است.

دو شاگرد ابوحنیفه گفته‌اند: اگر دو کفیل برای وارث بالغ شهادت دهند، در دو صورت شهادت جایز است، یعنی چه به مال میّت باشد یا به غیر مال میّت. زیرا در صورتی که وارث بالغ باشد ولایت تصرف برای آنان ثابت نمی‌شود، در این صورت شهادت از تهمت عاری می‌شود.

۸. رجوع کفیل به مال یتیم:

احناف گفته‌اند[3]: کفیل هنگامی که مال کودک را بفروشد آنچه را که از ترکه به او رسیده است و قیمت آن در دست او از بین برود و مال فروخته شده استحقاق دیگری را پیدا کند، سپس کودک برای دریافت سهم خود به ورثه‌ها مراجعه می‌کند، زیرا تقسیم با استحقاق آنچه به دست آورده است باطل می‌گردد.

۹. اصلاح اختلاف بین کفیل و موصی‌علیه:

از دیدگاه جمهور کفیل امین است[4] بنابراین ضامن هلاک شدن مال موصی‌علیه نمی‌باشد، و هنگامی که کودک به سن بلوغ برسد و با کفیل در نفقه و مقدار آن اختلاف پیدا کردند، گفته‌ی او با سوگند پذیرفته می‌شود.

---

[1]. الدرالمختار: ۵/ ۵۰۵، الهدایة مع تکملة الفتح: ۸/ ۵۰۳.

[2]. یعنی اعم از این‌که از میت به او انتقال یافته باشد یا نه، زیرا تصرف در مال صغیر برای کفیل خواهد بود اعم از این‌که از ترکه باشد یا نه.

[3]. الدرالمختر: ۵/۵۰۰

[4]. الدرالمختار:۵/ ۵۰۰، ۵۰۸، الشرح الصغیر:۴/ ۶۱۱، المهذب: ۱/ ۴۶۴، مغنی المحتاج:۳/ ۷۸.

بنابراین علمای شافعی گفته‌اند: اگر کفیل بگوید: بر تو انفاق کرده‌ام، و کودک بگوید: بر من انفاق نکرده‌ای، گفته‌ی کفیل پذیرفته می‌شود، زیرا امین است و اقامه‌ی شاهد بر انفاق سخت است.

و اگر در مقدار نفقه اختلاف کردند، کفیل بگوید: هرسال صد دینار بر تو انفاق کرده‌ام، و کودک بگوید: بلکه پنجاه دینار انفاق کرده است، اگر آنچه که ادعا می‌کند هزینه کرده است انفاق به معروف باشد، گفته‌ی او پذیرفته می‌شود، زیرا کفیل امین است و در صورتی که بیشتر از نفقه‌ی معروف باشد، ضامن خواهد بود، زیرا در انفاق افراط کرده است.

و اگر در مدت آن اختلف کردند: کفیل بگوید: ده سال انفاق کرده‌ام و کودک بگوید: پنج سال، دو صورت دارد، اکثر شافعیه گفته‌اند: گفته‌ی کودک پذیرفته می‌شود، زیرا اختلاف در مدت است که اصل عدم آن است. اصطخری گفته است: گفته‌ی کودک پذیرفته می‌شود هر چند در مقدار نفقه اختلاف داشته باشند.

و اگر در بازپس دادن مال به کودک بعد از بلوغ اختلاف نمودندگفته‌ی کودک با سوگند او پذیرفته می‌شودطبق قول صحیح به دلیل آیه ((فَأشهِدُوا عَلَیهِم)). [نساء: ٦].

۱۰. پاداش کفیل و بهره بردن او از مال موصی‌علیه:

احناف[1] گفته‌اند: قول صحیح این است که کفیلِ میّت دستمزد و حقوق در مال اوندارد، لیکن از روی استحسان می‌توان در صورت نیاز از مال یتیم بخورد. هرگاه از قیام به وظیفه‌اش امتناع ورزد مگر در مقابل مزد، در این صورت بر عمل اجبار کرده نمی‌شود، زیرا او از روی تبرع و نیکی این مسؤولیت را پذیرفته است و بر شخص متبرع اجباری نیست. اگر قاضی در قرار دادن دستمزدی برای او مصلحت ببیند مانعی نیست.

کفیل می‌تواند به مقدار نیاز از مال یتیم بخورد و بر چهارپای او سوار شود، به دلیل این‌که خداوندمی‌فرماید: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ((و هرکس که نیازمند باشد به طرز شایسته (و به اندازه حقّ‌الزحمه خود و نیاز عرفی، از آن) بخورد.)) [نساء:٦]

اما کفیل اگر توسط قاضی تعیین شده باشد و قاضی او را در مقابل اجرة المثل تعیین کرده باشد، جایز است.

---

[1]. الدرالمختار و ردالمحتار: ۵۰۳/۵ و ما بعد آن، ۵۱۲.

حنابله[1] گفته‌اند: جایز است موصِی یا حاکم برای کفیل مزد معلومی همانند وکالت قرار دهند.

۱۱. عزل کفیل:

فقها اتفاق نظر دارند که کفیل در حالات زیر منعزل می‌شود[2]:

نخست: با خواست موصِی یا کفیل یا قاضی: موصِی هروقت بخواهد می‌تواند کفیل را عزل کند، کفیل هم می‌تواند در حیات موصِی و بعد از مرگ او خود را عزل کند، همچنان که وکالت این‌گونه است. زیرا عقد کفالت عقدی غیر لازم است. و کفیل با عزل موصِی منعزل می‌گردد هرچند که خبر به او نرسیده باشد بر خلاف وکالت از دیدگاه احناف. همچنین با عزل قاضی منعزل می‌گردد هرچند قاضی در این مورد دچار جور و ظلم شده باشد، لیکن دچار گناه می‌شود. زمانی برای کفیل جایز است خود را از کفالت و سرپرستی ایتام عزل کند که وصیت بر او واجب نشده باشد، و بر ظن او غالب نشود که مال ایتام در اثر استیلای ظالمانی از جهت قاضی و غیره تلف شود، در غیر این صورت برای او جایز نیست خویشتن را از این مسؤولیت عزل نماید.

دوّم: بر اثر عجز تام یا خیانت: اگر برای قاضی آشکار شود که کفیل از انجام مسؤولیت خود ناتوان است، شخص دیگری را در جای او قرار می‌دهد و در صورتی که خیانت او آشکار شود عزلش واجب می‌گردد.

سوم: با مردن یا دیوانه یا اهل فسق شدن: زیرا در صورت مردن تصرف او در مال ایتام محال می‌گردد، و در حالت دیوانگی و فسق بقای او به مصلحت ایتام نمی‌باشد.

چهارم: با انتهای هدف از کفالت او یا پایان مدتش: کسی که در ارتباط با چیز معینی کفیل قرار داده شده باشد، در غیر آن کفیل نخواهد بود، و کفالت با پایان یافتن هدف از آن و یا پایان یافتن مدتش پایان می‌یابد، زیرا کفیل با اجازه دخل و تصرف می‌نماید، لذا تصرف او بر حسب اجازه خواهد بود.

---

[1]. کشاف القناع: ۴/۴۴۱. الدرالمختار ورد المحتار:۵/ ۴۹۵و مابعد آن، الشرح الصغیر: ۴/ ۶۰۶، ۶۰۹، الشرحالکبیر: ۴/ ۴۵۳، المهذب: ۱/۴۶۳، مغنی المحتاج:۳/ ۷۵، کشاف القناع:۴/ ۴۴۰، ۴۴۲، غایة المنتهی: ۲/ ۳۷۸- ۳۸۰.

[2]. الدرالمختار ورد المحتار:۵/ ۴۹۵و مابعد آن، الشرح الصغیر: ۴/ ۶۰۶، ۶۰۹، الشرحالکبیر: ۴/ ۴۵۳، المهذب: ۱/۴۶۳، مغنی المحتاج:۳/ ۷۵، کشاف القناع:۴/ ۴۴۰، ۴۴۲، غایة المنتهی: ۲/ ۳۷۸- ۳۸۰.

۱۲. انفاق در حالت ضرورت:

حنابله[۱] گفته‌اند: اگر شخصی بمیرد و هیچ کفیل و سرپرستی برای فرزندانش تعیین نکرده باشد و در شهری که در آن زندگی می‌کرد حاکم نباشد، یا در صحرا یا جزیره‌ای بمیرد که آبادانی وجود نداشته باشد، برای مسلمانی که در کنار او باشد جایز است ترکه او را در اختیار بگیرد و مسؤولیت تجهیز او را بپذیرد، و انچه که برای ارکه اصلح باشد از قبیل فروختن و حفظ قیمت آن یا حمل آن به سوی ورثه‌ها انجام می‌دهد، زیرا حفظ مال مسلمان بر او ضروری است. اگر ترکه داشته باشد از ترکه‌ی او هزینه‌ی تکفینش را پرداخت می‌نماید، در صورتی که هیچ مالی همراه نداشته باشد، با هزینه‌ی خودش او را تجهیز می‌نماید و آنچه که به طور شایسته هزینه‌ی تکفین و تجهیز او کرده است را از ترکه‌ی او دریافت می‌نماید، و در صورتی که ترکه‌ای نداشته باشد به کسانی مراجعه می‌کند که هزینه‌ی تکفین و تجهیز را باید آنان می‌پرداختند زیرا او کار واجبی را به جای آنان انجام داده است. این زمانی است که نیت مراجعه داشته یا برای تجهیز او از حاکم اجازه خواسته باشد. اگر نیّت تبرع داشته باشد نمی‌تواند مراجعه نماید، هم‌چنان که اگر نه نیّت تبرع داشته و نه نیّت مراجعه که در این صورت هم نمی‌تواند مراجعه کند.

---

[۱]. کشاف القناع: ۴/ ۴۴۵.

بخش دوّم

از کتاب احکام

وقف و وصیت در فقه

اسلامی

کتاب وقف

وقـــف

این بخش دارای ده فصل می‌باشد:

فصل اوّل: تعریف مشروعیت، صفت و رکن وقف

فصل دوّم: انواع و محل وقف

فصل سوم: حکم وقف و زمان زوال ملکیت وقف کننده

فصل چهارم: شروط وقف.

فصل پنجم: اثبات وقف از نظر شرع و قانون

فصل ششم: مبطلات وقف

فصل هفتم: نفقات وقف

فصل هشتم: تبدیل کردن و فروختن وقف در حالت خرابی

فصل نهم: وقف در حالت بیماری مرگ

فصل دهم: ناظر بر وقف(تعیین او، شروط او، وظیفه‌ی او و عزل او)

بیان این موضوع را با استعانت از خداوند شروع می‌کنم.

فصل اوّل

تعریف، مشروعیت، صفت و ارکان وقف

نخست تعریف وقف:

وقف، حبس کردن، در راه خدا قرار دادن به یک معنی هستند، وقف در لغت: محبوس کردن چیزی از دخل و تصرف است. وقف با صیغه‌ی فعل مجرد وارد شده است و با صیغه‌ی مزید ((أوقفته)) تنها در لغت تمیمیه -که لغتی پست است و عامه با آن سخن می‌گویند- گفته می‌شود. اَحبَسَ با فعل مزید گفته می‌شود، حَبَسَ لغت فصیح و اَحبَسَ لغت پست است. به عرصه‌ی قیامت مَوقِف گفته می‌شود زیرا مردم در آنجا برای حساب و کتاب نگاه داشته می‌شوند. سپس اطلاق کلمه‌ی وقف بر اسم مفعول یعنی چیزی که وقف شده است قرار داده شد. وقف به حبس هم تعبیر می‌شود، در مغرب به وزیر اوقاف، وزیر الاحباس گفته می‌شود.

وقف در مذاهب اسلامی سه گونه تعریف شده است:

تعریف نخست، تعریف امام ابوحنیفه می‌باشد[1]: وقف یعنی: محبوس کردن عین بنابر حکم وقف کننده، و صدقه دادن منفعتی در مسیر نیکی. بنابراین موقوف از ملکیت وقف‌کننده خارج می‌شود، و جایز است از آن رجوع کرده و یا آن را بفروشد؛ زیرا قول اصح از دیدگاه احناف این است که وقف عقدی جایز است نه لازم، همانند عاریه، و جز با یکی از امور ذیل لازم نمی‌گردد:

۱. حاکمی که سرپرست است به آن حکم کند نه کسی که حَکَم قرار داده شده باشد، این‌که وقف‌کننده با ناظر مخاصمه کند، زیرا او می‌خواهد به علت عدم لزوم مراجعه کند، لذا حاکم حکم به لزوم می‌کند، پس لازم می‌گردد، زیرا امری است که در آن اجتهاد کرده می‌شود، و حکم حاکم اختلاف را حل می‌کند.

۲. حاکم آن را به وفات او معلق کند: پس وقف کننده بگوید: اگر من بمیرم مسکنم را در چنین جهتی وقف می‌کنم، همانند وصیت از یک سوم لازم می‌گردد، نه قبل از مرگ او.

---

[1]. فتح القدیر: ۵/ ۳۷، ۴۰، ۶۲، اللباب: ۲/ ۱۸۰، الدر المختار: ۳/ ۳۹۱.

۳. آن را وقف مسجد نماید و آن را از ملکش مشخص و متمایز گرداند و اجازه‌ی نماز خواندن در آن را بدهد، از دیدگاه احناف هنگامی که یک شخص در آن نماز بخواند از ملکیت وقف‌کننده خارج می‌شود، اما مشخص و متمایز کردن آن به این علت است که تنها بدین وسیله خالص برای خداوند قرار می‌گیرد، اما نماز خواندن در آن بدین علت است که از دیدگاه ابوحنیفه و محمّد[یکی از شاگردان او] تسلیم شیء موقوفه لازم است و تسلیم هرچیزی برحسب نوع آن است و در ارتباط با مسجد با نماز خواندن در آن است.

امام ابوحنیفه به دو دلیل استدلال کرده است:

۱. گفته‌ی پیامبرﷺ ((لا حَبسَ عن فرائض الله))[۱] هیچ چیز مانع فرایضی که خداوند تعیین کرده است نمی‌گردد، چنان‌که وقف مال موقوفه را از ملکیت واقف خارج می‌کرد، مانع حقوق خداوند می‌گردید، زیرا مانعی بین ورثه‌ها و دریافت سهم واجب شده برایشان می‌شود.

لیکن این حدیث با ضعف خودش بر مقصود امام دلالت نمی‌کند، زیرا مقصود از آن ابطال عادت جاهلی در اختصاص دادن ارثیه به ذکور بالغ غیر از صغار و اناث می‌باشد.

۲. از قاضی شریح روایت شده که گفت: ((محمّدﷺ مال حبس شده را فروخت)) هنگامی که پیامبرﷺ چنین کاری را کرده است، پس برای ما جایز نیست حبس دیگری را ایجاد نماییم، زیرا وقف حبس کردن عین است و آن غیر مشروع می‌باشد.

لیکن در این گفته نیز دلالتی بر مطلوب امام وجود ندارد، زیرا حبس و وقف ممنوعه آن بود که برای اصنام واوثان وقف می‌گردید، که پیامبرﷺ آن را فروخته و حکم بت پرستی را باطل اعلام نمود. اما وقف یک قانون محض اسلامی است. امام شافعی گفته است: ((تا آنجا که می‌دانم اهل جاهلیت وقف ننموده‌اند بلکه مسلمانان هستند که این کار را انجام می‌دهند.)).

تعریف دوم: تعریفی است که جمهور فقها یعنی قول دو شاگرد امام ابوحنیفه که به گفته‌ی آنان فتوی داده می‌شود و شافعیه و حنابله در قول اصح می‌باشد:[۲]

وقف به تعریف جمهور عبارت است از: محبوس کردن چیزی که امکان بهره‌برداری از آن وجود داشته باشد، بر مصرفی مباح و موجود – یعنی بهره‌ی آن تقرباً الی الله در امور خیریه مصرف گردد – با بقای عین و قطع تصرف و استفاده خصوصی وقف‌کننده و غیره از آن.

---

[۱] . دارقطنی از ابن عباس، در سلسله سند این حدیث ابن لهیعان و برادرش عیسی وجود دارند که هردو شخصیت ضعیفی داشته‌اند.

[۲] . منابع سابق مذهب احناف، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۶، کشاف القناع: ۴/ ۲۶۷، غایة المنتهی: ۲/ ۲۹۹.

بنابراین مال از ملکیت وقف‌کننده خارج شده و محبوس بر حکم ملکیّت خداوند می‌گردد.[۱] و بر وقف‌کننده تصرف آن ممتنع می‌گردد، و بخشیدن بهره‌ی آن در جهت وقف واجب می‌شود.

جمهور فقها بر نظریه خود دو دلیل آورده‌اند:

۱. حدیث ابن عمر: ((قطعه‌ای از زمین‌های خیبر به حضرت عمر‌ رسید، گفت: ای پیامبر خدا! زمینی در خیبر به من رسیده است و به نظر من مالی بهتر از آن به من نرسیده است، به من در ارتباط با آن چه دستوری می‌فرمایی؟ پیامبر‌ﷺ فرمود: ((اِن شِئتَ حَبَّستَ اَصلَها و تَصَدَّقتَ بِها)): اگر دوست داشته باشی اصل آن را محبوس کرده و [بهره‌ی آن] را صدقه دهی. حضرت عمر‌ آن را صدقه نمود بنابراین‌که فروخته نشود، به کسی بخشیده نشود، و کسی آن را از او ارث نبرد، آن را بر فقرا، ذوی القربی، بردگان، مهمان‌ها و مسافران صدقه نمود، و گناهی نیست بر کسانی که مسؤولیت نگهداری آن را بر عهده می‌گیرند به صورت شایسته از آن بخورد و آن را به کسانی بدهد که مال و ملک شخصی خود نگرداند)).[۲] ابن حجر در فتح الباری گفته است: این حدیث عمر اصلی‌ست که بر مشروعیت وقف دلالت می‌کند.

این حدیث بر منع تصرفِ شخصی در مال وقف شده دلالت دارد، زیرا حبس به معنی منع است، یعنی منع عینی از ملکیت و تصرف شخصیِ کسی. لیکن ملاحظه می‌گردد که این حدیث بر خارج شدن مال وقف‌شده از ملکیت وقف‌کننده دلالت نمی‌کند.

۲. استمرار امت از صدر اسلام تا امروز بر وقف اموال در راه‌های خیر و منع تصرف شخصی وقف‌کننده و دیگری از آن.

تعریف سوم: تعریف مالکیه:[۳] وقف عبارت است از این‌که مالک منفعتی را هرچند با اجاره کردن به دست آورده باشد، یا محصول و عایدات چیزی را با صیغه [ی مخصوص وقف] برای مدتی که خود مصلحت می‌بیند برای مستحقین قرار دهد. یعنی مالک عین را از هرگونه تصرفات شخصی محبوس کرده و بهره و درآمد آن را در امور خیریه قرار می‌دهد، این تبرع را لازم نموده با این‌که عین موقوفه در ملکیت وقف‌کننده باقی می‌ماند، شرط نیست که برای

---

۱. مقصود این است که در ملکیت شخصی وقف‌کننده باقی نمی‌ماند، و به ملکیت شخص دیگری نیز انتقال نمی‌یابد، بلکه حکم مُلکِ خداوند را می‌یابد که کسی جز او بر آن ملکیت نداشته باشد، و الا همه چیز مُلک خداوند می‌باشد.

۲. این حدیث را جماعتی روایت کرده‌اند (نیل الاوطار: ۶/ ۲.)

۳. الشرح الکبیر: ۴/ ۷۶، الشرح الصغیر: ۴/ ۹۷ –۹۸، الفروق: ۲/ ۱۱۱.

همیشه و ابد وقف کند بلکه به دلخواه خود می‌تواند برای زمانی مشخص وقف نماید. مثال آن‌چه که با اجاره مالک آن می‌شود مانند این‌که مسکن یا زمینی را برای مدتی معین اجاره نماید سپس منفعت آن[استفاده از آن] را در آن مدت به شخص دیگری واگذار نماید. با این مثال مشخص می‌شود که مملوک (چیزی که در ملکیت کسی باشد) یا ذات آن ملک اوست یا منفعت و بهره‌ی آن.

از دیدگاه مالکیه حق ملکیت در عین موقوفه را از مالک گرفته نمی‌شود، بلکه تنها حق تصرف در آن را از او گرفته می‌شود. و بر بقای عین در ملکیت وقف‌کننده به حدیث گذشته‌ی عمر رضی الله عنه استدلال کرده‌اند،آنجا که پیامبر ﷺ به او می‌گوید: ((اِن شِئتَ حَبَّستَ اَصلَها و تَصَدَّقتَ بِها))، در این حدیث به صدقه دادن فراورده‌ها و عایدات زمین با بقای ملکیت موقوف بر ذمه‌ی وقف‌کننده و منع هرگونه تصرفی که آن را در ملکیت کسی در آورد اشاره شده است، به دلیل فهم حضرت عمر از حدیث آنجا که فرمود: ((بنابراین‌که فروخته نشود، به کسی بخشیده نشود و کسی آن را از من ارث نبرد)).

این با ملک کسی که به خاطر سبک‌مغزی یعنی اسراف نمودن در انفاق محجور می‌شود، می‌باشد، زیرا ملکیت او در اموالش باقی می‌ماند لیکن از بخشیدن و فروختن آن منع می‌شود، دلایل این نظریه دقیق‌تر هستند، لیکن تعریف دوّم در میان مردم مشهورتر است.

علما در ارتباط با وقف مساجد اتفاق نظر دارند که از باب اسقاط و عتق می‌باشد، ملک احدی نمی‌باشد و مساجد تنها برای خداوند می‌باشند.

دوّم: مشروعیت، حکمت و سبب وقف:

از دیدگاه جمهور فقها جز احناف وقف مستحب است، و از جمله بخشش‌های مستحب می‌باشد، به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿ لَن تَنَالُواْ الْبِرَّ حَتَّى تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ﴾ ((به نیکی (کاملی که جویای آنید و مورد پسند خدا است) دست نمی‌یابید، مگر آن که از آنچه دوست می‌دارید (در راه خدا) ببخشید.)) [آل عمران: ۹۲] و نیز می‌فرماید: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَنفِقُواْ مِن طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُم مِّنَ الأَرْضِ﴾ ((ای کسانی که ایمان آورده‌اید! از قسمتهای پاکیزه اموالی که (از طریق تجارت) به دست آورده‌اید و از آنچه از زمین برای شما بیرون

آورده‌ایم (از قبیل منابع و معادن زیرزمینی) ببخشید.)) [بقره:۱٦٧]، این آیات بالعموم مفید انفاق در راه‌های خیر و مسیر نیکی می‌باشند، و وقف هم عبارت است از انفاق مال در جهات خیر.

و به دلیل فرموده‌ی پیامبرﷺ در حدیث گذشته: ((اِن شِئتَ حَبَّستَ اَصلَها و تَصَدَّقتَ بها)) و فرموده‌ی دیگر پیامبرﷺ ((إذا مات اِبنُ آدم، انقطع عَمَلُهُ إلا مِن ثلاثٍ: صدقَةٍ جارِيَةٍ، أو عِلمٍ يُنتَفَعُ به من بعده، أو ولَدٍ صالِحٍ يَدعُو لَه)): هنگامی که انسانی می‌میرد عمل او در این دنیا قطع می‌شود مگر در سه مورد: صدقه‌ی جاریه[که قبل از مرگش داده باشد] علمی که بعد از مرگ او هم از آن استفاده می‌شود، یا فرزند صالحی که برای او دعا کند.)). فرزند صالح به فرزندی گفته می‌شود که حقوق الهی و حقوق مردم را رعایت کند.

اکثر اهل علم اعم از علمای سلف و خلف معتقد به صحت وقف می‌باشند، طبق قول مشهور وقف حضرت عمر -که صد سهم از میان سهم‌های خیبر بود- اولین وقف در اسلام بود، جابرﷺ گفت: از میان یاران پیامبرﷺ کسی باقی نماند که توانایی وقف کردن را داشته باشد مگر این‌که وقف می‌نمود.

وقف یکی از خصایص اسلام می‌باشد، امام نوویﷺ گفته است: وقف موردی است که مختص مسلمانان می‌باشد. امام شافعیﷺ گفته است: تا آنجا که علم و آگاهی دارم اهل جاهلیت نه مسکن و نه زمینی را وقف نکرده‌اند.

ملاحظه می‌گردد که اندکی از احکام وقف با سنت ثابت شده است، و بیشتر احکام آن با اجتهاد فقها با اعتماد بر استحسان و استصلاح[1] و عرف ثابت شده است.

حکمت یا سبب وقف در دنیا: نیکی با دوستان، و در آخرت به دست آوردن پاداش با نیتی از جانب کسی که وقف می‌نماید.[2]

---

[1]. استحسان دلیلی است خفی که در نفس مجتهد خلجان کند و نتواند از آن تعبیر کند و برخی در تعریف آن گویند «هو العدول عن قیاس الی قیاس اقوی و قیل العدول الی خلاف الظن لدلیل اقوی» (از التلویح ص ۵۷۱- الموافقات ج ۳ ص ۲۲). استحسان: در عرف اهل سنت استحسان حجت است یعنی هر امری را که مفتی بر حسب طبع و ذوق و سلیقه خود نیکو و مستحسن پنداری آن امر واجب میگردد و اگر قبیح و مستهجن شود آن امر حرام می شود. ا ستصلاح :طلب صلاح و نیکی کردن ."

[2]. منبع سابق.

علمای احناف گفته‌اند: وقف مباح است، به دلیل این‌که وقف کافر صحیح می‌باشد، و گاهی هم با نذر کردن واجب می‌گردد، پس عین موقوفه یا قیمت آن وقف می‌شود. اگر بر کسانی وقف کند که زکات او برای آنان جایز نمی‌باشد از قبیل اصول و فروع خود، در حکم شرع آن وقف جایز است زیرا از اهل آن و در محل خود صادر شده است، لیکن به وسیله وقف نذر ساقط نمی‌گردد، زیرا صدقه‌ی واجب باید تنها برای خداوند باشد، و دادن آن به کسی که شهادتشان برای او جایز نیست، منافعی برای خود او دارد، لذا خالصانه برای خداون نمی‌باشد، چنان‌چه کفاره یا زکات را به آنان بدهد، به عنوان صدقه واقع می‌شود و زکات یا کفاره‌ی واجب بر ذمه‌ی او باقی می‌ماند[۱].

سوم: صفت وقف:

از دیدگاه ابوحنیفه وقف عقدی جایز است نه لازم، رجوع از آن جایز است، وقف بخششی غیر واجب می‌باشد مگر در موردی که سابقاً استثنا نمود. وقف به منزله‌ی عاریه‌ی[۲] غیر لازم می‌باشد، وقف کننده هرگاه بخواهد می‌تواند از آن رجوع کند، با مرگ او باطل می‌شود، وارثان آن را از او ارث می‌برند، چنان‌که در حکم اعاره مقرر شده است.[۳]

از دیدگاه محمدبن حسن و شافعیه و حنابله[۴] هنگامی که وقف صحیح باشد، به عقدی لازم تبدیل می‌شود که با اِقاله و غیر آن فسخ نمی‌شود و تصرف وقف‌کننده در آن متوقف می‌گردد و نمی‌تواند از آن رجوع کند و عین موقوفه از ملکیت او خارج می‌شود، دلیل این مورد حدیث سابق می‌باشد که پیامبرﷺ به حضرت عمر فرمود: ((اِن شِئتَ حَبَّستَ اَصلَها و تَصَدَّقتَ بها، لا تُباعُ و لا تُوهَبُ و لا تُورَثُ)) و وقف به منزله‌ی هبه و صدقه می‌باشد. لازم است همانند سایر بخشش‌ها جهت ترتیب دادن آثار شرعی‌اش به جهتی که بر آن وقف شده است تسلیم شود، از دیدگاه محمد وقف کردن مال مشاع[۵] که قابل تقسیم باشد صحیح نمی‌باشد.

---

۱ .منبع سابق.

۲ . عارية : آن چه که داده یا گرفته شود به شرط بازگرداندن. [فرهنگ معین]

۳ . منبع سابق: ص ۳۹۴

۴ . فتح القدیر:۴۵/۵، المهذب: ۱/ ۴۴۲، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۸، غاية المنتهی: ۲/ ۳۲۵.

۵ . ملک یا خانه ای که میان چند نفر مشترک باشد و سهم جداگانهٔ هر یک معین نشده باشد." [فرهنگ معین]

از دیدگاه ابویوسف: وقف به معنی ساقط نمودن ملک می‌باشد، همانند طلاق دادن و آزاد کردن می‌باشد زیرا طلاق و آزاد کردن ساقط نمودن تسلط خود بر زوجه و برده می‌باشد. با مجرد گفتن تحقق می‌یابد و تسلیم آن شرط نمی‌باشد، وقف مال مُشاع که قابل تقسیم باشد بدون تعیین کردن آن صحیح است، این نظریه در میان حنفی‌ها مفتی به می‌باشد زیرا با احتیاط‌تر و آسان‌تر می‌باشد.

از دیدگاه مالکیه[۱]: هنگامی که وقف صحیح باشد لازم می‌گردد و متوقف بر حکم حاکم نمی‌باشد، هرچند حاکم آن را قبض ننماید یا وقف‌کننده بگوید: و اختیار داشته باشم، در صورتی که وقف‌کننده اراده‌ی رجوع از آن را بنماید، به او داده نمی‌شود، هنگامی که قبض نشده باشد، وقف‌کننده بر اخراج آن از زیر تسلط خویش به نفع موقوفٌ علیه اجبار کرده می‌شود. تا زمانی که وقف‌کننده در حال حیات باشد همانند عاریه‌ی لازمه می‌باشد، و بعد از مرگ او از قبیل وصیت به منافع می‌باشد، و بنابراین وقف‌کننده در حال صحت قبل از حصول منفعت نمی‌تواند از آن رجوع نماید، و بر تحویل دادن آن اجبار می‌شود مگر این‌که برای خود شرط کرده باشد که بتواند از آن رجوع کند، اما کسی که در حال بیماری وقف نماید می‌تواند همانند وصیت از آن رجوع کند.

چهارم: رکن وقف:

علمای احناف گفته‌اند[۲]: رکن وقف صیغه است، صیغه لفظی است که بر معنی وقف دلالت کند، مثال: این زمینم برای همیشه موقوفه‌ی مساکین باشد، یا الفاظی مانند: موقوفه برای خداوند باشد، یا موقوفه در راه خیر باشد، یا تنها بگوید: موقوفه باشد، با عمل به گفته‌ی ابویوسف که به آن فتوی داده می‌شود. گاهی وقف به ضرورت ثابت می‌شود مانند این‌که عایدات و منافع مسکنی را برای همیشه بر مساکین وقف کند، یا برای فلانی و بعد از او برای مساکین، در این صورت مسکن به طور قطع وقف می‌گردد، زیرا این سخن او با این گفته شباهت دارد که بگوید: بر از مرگم، مسکنم را بر فلان مورد وقف کردم.

---

[۱] . الشرح الکبیر: ۴/ ۷۵، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۷.

[۲] الشرح الکبیر: ۴/ ۷۵، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۷

رکن وقف از دیدگاه آنان عبارت است از: ایجابی[1] که از وقف‌کننده صادر می‌شود و بر ایجاد وقف دلات کند. این [صیغه] با توجه به معنی رکن جزئی است که از شیء جدا نمی‌شود و شیء بدون آن تحقق نمی‌یابد. بنا بر این تعریف وقف همانند وصیت است که با اراده‌ی یک شخص که همان وقف‌کننده می‌باشد تحقق می‌یابد که از آن به ایجاب واقف تعبیر می‌شود.

جمهور[2] گفته‌اند: وقف چهار رکن دارد: **واقف** (وقف‌کننده) **موقوف** (وقف شده) **موقوفٌ عَلَیه** (کسی یا چیزی که بر او وقف شده باشد) و **صیغه:** به اعتبار این‌که رکن: آن است که شیء بدون آن کامل نشود چه جزءی از آن باشد یا نه.

اما قبول موقوف علیه: از دیدگاه احناف بنا بر آن‌چه که به آن فتوی داده می‌شود، و از دیدگاه حنابله چنان‌که قاضی ابویعلی ذکر کرده است، نه رکن است و نه شرط صحت و نه شرط استحسان در آن است، اعم از این‌که موقوف‌علیه معین باشد یا غیر معین. بنابراین اگر موقوف‌علیه سکوت کند، استحقاق عایدات وقف را می‌یابد و مال به مجرد گفتن صیغه وقف می‌گردد، زیرا وقف ازاله‌ی ملکیتی است که مانع بیع و هبه و میراث است، لذا همانند عتق قبول در آن طلب نشده است. لیکن هنگامی که موقوف‌علیه معین باشد مانند وقف بر خالد یا محمد و او وقف را قبول نکند، استحقاق چیزی از منافع وقف را پیدا نمی‌کند، بلکه کسان دیگری که واقف بعد از او تعیین کرده هنگامی که به وجود بیایند از آن استفاده می‌کنند، در صورتی که کسی موجود نباشد مال وقف شده به واقف یا ورثه‌های او بر می‌گردد در صورتی که ورثه وجود نداشته باشد به خزانه‌ی دولت داده می‌شود، لیکن وقف با قبول نکردن او باطل نمی‌شود و رد کردن او و قبول نکردن هردو و عدمها همانند عتق یکی خواهد بود، زیرا رکن وقف که ایجاب واقف است محقق گردیده است. قانون کشور مصر در ماده (۹) شماره (٤٨) در سال (١٩٤٦) مبتنی بر این نظریه می‌باشد، آنجا که قبول را شرط استحقاق قرار نداده است، و ماده (١٧) پایان وقف را بیان کرده است. لیکن احناف گفته‌اند: اگر برای شخص معینی وقف کند سپس برای فقرا، در حق شخص معین قبول او شرط است، اگر قبول کرد عایدات آن برای او

---

[1] . ایجاب "،" ریشه : ع."،"[ع .] (مص م) ۱ ـ واجب کردن، لازم گردانیدن . ۲ ـ پذیرفتن . ۳ ـ طرف عقد واقع شدن."

[2] . ردالمختار: ۳/ ۳۹۵، القوانین الفقهیه:ص ۳۶۹ و ما بعد ان، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۱ و ما بعد ان، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۶، غایة المنتهی: ۲/ ۲۹۹، المغنی: ۵/ ۵۴۷، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۹، الفروق: ۲/ ۱۱۱.

خواهد بود و در صورتی که قبول نکند برای فقرا می‌باشد. کسی که قبول کند بعد از آن نمی‌تواند رد کند و کسی که اول الامر رد کند بعد از آن نمی‌تواند قبول کند.

از دیدگاه مالکیه و شافعیه و برخی از حنابله اگر وقف برای شخص معین باشد قبول رکن است مشروط بر این‌که اهل قبول باشد و در غیر این صورت ولی او باید قبول کند همانند هبه و وصیت.

درماده‌ی (۹) شرط شده است: در صورتی که وقف بر جهتی باشد که نماینده‌ای قانونی داشته باشد، آن نماینده باید قبول کند مانند نماینده‌ی دانشگاه و غیره. این از قبیل سدالذرایع در مقابل وقف‌کنندگان در امور این جهت می‌باشد یا قصد سیطره بر آن به خاطر اهداف تعیین شده به قصد عبث و فساد. اگر نماینده آن قبول نکند، استحقاق آن به کسانی انتقال می‌یابد که بعد از او نماینده‌ی آن گردند هرگاه به وجود آمدند، اگر اصلاً به وجود نیاید وقف حکم موقوفه‌ای را می‌یابد که پایان یافته است و در ماده‌ی (۱۷) توضیح داده شده است.

فصل دوم

انواع وقف و محل آن

وقف با توجه به جهت اولی که در ابتدا بر آن وقف کرده است بر دو نوع تقسیم می‌شود: وقف خیریه، وقف اهلی یا ذریتی[1].

وقف خیریه: آن است که ابتدا در موردی خیریه وقف می‌گردد هر چند برای مدتی معین باشد، بعد از آن بر شخص یا اشخاص معین وقف می‌گردد. مانند این‌که کسی زمینش را برای بیمارستان یا مدرسه‌ای وقف کند، سپس بعد از آن بر خود و فرزندانش.

وقف اهلی یا ذریتی: آن است که ابتدا بر وقف‌کنند یا هر شخص یا اشخاص معین وقف شود، هر چند در آینده آن را بر موردی خیریه وقف نماید، مانند این‌که بر خود، سپس بر فرزندان خود پس از آنها بر جهتی خیریه وقف نماید.

قانون کشور مصر در ماده (۱۸۰) مصوبه سال ۱۹۵۲م و قانون کشور سوریه مصوبه سال (۱۹۴۹) به مشکلات پیچیده‌ی وقف اهلی آن را پایان یافته و ملغی اعلام نمود و وقف خیریه بر جواز خود باقی ماند.

محل وقف: به اجماع فقها محل وقف مال موجودی است که دارای قیمت و منافع باشد[2] از قبیل زمین، مسکن، یا مال منقول از قبیل کتاب‌ها، لباس، حیوان و اسلحه، به دلیل گفته‌ی پیامبرﷺ ((و أما خالد، فإنَّكم تَظلِمُونَ خالِداً، فإنَّهُ إحتَبَسَ أدرُعَهُ و أعتُدَهُ فِي سبيلِ الله))[3]: شما نسبت به خالد مرتکب ظلم می‌شوید، او اسلحه و چهارپایان و ادوات جنگی خود را در راه خداوند وقف کرده است. امت بر وقف حصیر و چراغ برای مساجد بدون مخالفت اتفاق نظر دارند.

---

[1] . الوقف لإستاذ الشيخ عيسوی: ص ۲۱.

[2] . الدرالمختار و ردالمحتار: ۳/ ۳۹۳، الشرح الصغير : ۴/ ۱۰۱ و ما بعد آن، المهذب: ۱/ ۴۴۰، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷، المغنی: ۵/ ۵۸۳- ۵۸۵، تكملة المجموع: ۱۴/ ۵۷۷.

[3] . به روایت شیخین از حدیث ابوهریره رضی الله عنه.

وقف زینت‌آلات برای استفاده و اعاره جایز است، زیرا همیشه از آن بهره‌برداری می‌شود، پس وقف آن هم همانند وقف کردن زمین جایز است، خلال با اسناد خویش از نافع روایت کرده که گفت: حفصه زیورآلاتی به قیمت بیست هزار خریداری کرده و آن را بر زنان آل خطاب وقف نموده و زکات آن را پرداخت نمی‌کرد.

شرط احناف در وقف منقول این است که: تابع زمین باشد، یا تعامل به آن در عرف جریان پیدا کرده باشد، مانند وقف کردن کتاب‌ها و وسایل تجهیز میّت.

وقف کردن مال مُشاع از قبیل زمین و مال منقول صحیح است، زیرا حضرت عمر صد سهم مشاع در خیبر را وقف نمود.[1]

حنابله و غیر آنان قاعده‌ای را برای شناخت آنچه که وقف آن جایز است از آنچه که جایز نیست گذاشته‌اند و گفته‌اند: هر آنچه که فروش آن صحیح باشد و بهره‌برداری از آن با بقای عین آن ممکن باشد، وقف کردن آن نیز جایز است، و اصولی مانند زمین و حیوانات و اسلحه و اثاثیه منزل و مشابه آن را می‌توان وقف نمود.

و هر آنچه که بهره‌برداری از آن جز با از بین بردن عین آن ممکن نباشد مانند دنانیر و دراهم (نقود) و آنچه که زیور آلات نباشد، آنچه که خوردنی یا نوشیدنی باشد و شمع و امثال آن مطابق گفته‌ی جماعتی از فقها وقف کردن آن جایز نمی‌باشد، زیرا وقف عبارت است از محبوس کردن اصل مال، و در راه خدا قرار دادن فراورده و عایدات آن، و آنچه که بهره‌برداری از آن جز با از بین بردن آن ممکن نباشد وقف کردن آن صحیح نیست. زیرا بهره‌برداری از آن برای همیشه و دایمی ممکن نمی‌باشد. جز این که متقدمین احناف وقف کردن درهم و دینار(پول نقد) و آنچه که با کیلو یا دیگر آلات سنجیدن وزن می‌شود را جایز دانسته‌اند، اما ظاهراً در این زمان جایز نمی‌باشد زیرا هیچ معامله‌ای با آن صورت نمی‌گیرد.

وقف کردن حمل صحیح نمی‌باشد، زیرا وقف تملیک قطعی است، لذا همانند بیع، وقف حمل به تنهایی صحیح نمی‌باشد.

ابن جزی مالکی گفته است: وقف کردن اموال غیر منقول از قبیل زمین، مسکن، مغازه، باغ، مسجدها، چاه‌ها، پل‌ها، راه‌ها و غیره جایز است. وقف کردن غذا جایز نیست، زیرا منفعت آن در استهلاک عین آن می‌باشد، لیکن امام مالک و بعد از او شیخ خلیل بر جواز وقف غذا و نقود تصریح کرده‌اند، و این مذهب است و رد کردن بدل آن به منزله‌ی بقای عین آن است.

---

[1]. به روایت شافعی.

بیان نظریه فقهی در بعضی از انواع مال موقوف:

۱. وقف کردن اموال غیر منقول: وقف اموال غیر منقول از قبیل زمین، مسکن، مغازه، بوستان، و امثال آن به اتفاق[1] صحیح است. زیرا جماعتی از یاران پیامبرﷺ از جمله عمرؓ زمینش در خیبر، را وقف کرده‌اند، و به دلیل این‌که اموال غیر منقول همیشگی و بر دوام می‌باشد.

لیکن علمای احناف بیان کرده‌اند که برای صحت وقف محدود و مشخص کردن زمین شرط نمی‌باشد، زیرا شرط آن این است که معلوم باشد یا مسکن مشهور و معروف باشد، چنان‌که ابن همام در ((الفتح)) گفته است وقف کردن آن صحیح است هرچند که مشخص نشده باشد زیرا بر اثر مشهور بودن آن از محدود و مشخص شدن بی‌نیاز می‌گردد. متأخرین علمای احناف وقف و غصب منافع و تلف کردن آن را به استثنا از عدم قیام منافع به ضمانت غصب زمین فتوی داده‌اند. چنان‌چه شخصی بدون اجازه در آن سکونت گزیند یا ناظر وقف او را بدون اجاره سکونت دهد، جهت صیانت از وقف اجر المثل بر او واجب می‌گردد هرچند مسکن آماده‌ی بهره‌برداری نشده باشد، چنان‌چه به ضمانت مال یتیم و مالی که آماده‌ی بهره‌برداری است فتوی داده شده است، و هر آنچه که علما در آن اختلف نظر دارند و نفع آن برای وقف بیشتر باشد.

۲. وقف اموال منقول: جمهور فقها[2] جز احناف بر جواز وقف کردن اموال منقول به طور مطلق اتفاق نظر دارند، از قبیل وسایل مسجد مانند چراغ، فرش، حصیر و ....، انواع اسلحه-ها، لباس، اثاثیه منزل، مال وقف شده چه مستقل باشدیا نه، در مورد آن نصی وارد شده باشد یا مطابق عرف و عادت جاری شده باشد، یا تابع زمین باشد، زیرا آنان برای صحت وقف همیشگی را شرط نکرده‌اند، بنابر دیدگاه جمهور وقف صحیح است برای همیشه باشد یا موقت باشد خیری باشد یا شخصی.

قانون کشور مصر ماده (۸) مبتنی بر این نظریه است، وقف اموال منقول و غیر منقول را جایزدانسته است.

---

[1] . الدرالمختار: ۳/ ۴۰۸، ۴۳۹، فتح القدیر: ۵/ ۴۸ و ما بعد آن، الکتاب مع اللباب ۲/ ۱۸۲، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۶، القوانین الفقهیة : ص ۳۶۹، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷، المهذب: ۱/ ۴۴۰، المغنی: ۵/ ۵۸۵.

[2] . منبع سابق

علمای احناف وقف اموال منقول را جایز ندانسته‌اند[۱]، از دیدگاه احناف مسکن و درخت از جمله‌ی اموال منقول می‌باشد، مگر این‌که به تبعیت از زمین وقف گردد، یا نصی بر صحت آن وارد شده باشد مانند اسلحه و اسب، یا عرف به آن جاری شده باشد مانند وقف کتاب، قرآن، تبر، تیشه، ظروف، وسایل تجهیز جنازه، لباس، نقود، اموال کیلویی و وزن شدنی، کشتی با کالایش، به خاطر تعامل مردم به این موارد – تعامل مردن به آن این است که بیشتر استعمال شود- به وسیله آن قیاس ترک می‌شود، به خاطر خبر ابن مسعود ((ما رآهُ المُسلِمُونَ حَسَناً فهُوَ عِندَ اللهِ حَسَنٌ)) آنچه که مردم آن را نیکو بدانند نزد خداوند نیز نیکو است. و به دلیل این‌که هر آنچه با عرف ثابت شود با نص ثابت شده است، ضمن این‌که وقف کردن مسکن جزو عرف و عادت‌ها گردیده است، بر خلاف آنچه که هیچ معامله‌ای با آن صورت نگیرد مانند لباس‌ها و کالا، این گفته‌ی محمد است که بر اساس آن فتوی داده می‌شود. اموال کیلویی و وزن شدنی فروخته می‌شود قیمت آن به صورت مضاربه یا مباعضه داده می‌شود، چنان که در وقف نقود این کار انجام داده می‌شود و هر مقدار از بهره‌ی آن حاصل شود صدقه داده می‌شود.

لیکن ابن عابدین گفته است[۲]: وقف پول در بلاد روم متعارف است نه در کشور ما، وقف کردن تبر و تیشه در زمان‌های قدیم متعارف بود اما در زمان حاضر متعارف نیست، ظاهراً در زمان حال صحیح نمی‌باشد، اگر مواردی اندک یافت شود معتبر دانسته نمی‌شود، زیرا تعامل آن است که استعمالش فراوان باشد.

سبب جایز نبودن وقف اموال منقول از دیدگاه احناف: این است که شرط وقف آن است که برای همیشه و ابدی وقف شود، و اموال منقول دوام ندارد.

۳. وقف مشاع:

از دیدگاه جمهور فقها جز مالکیه وقف کردن اموال مشاع که احتمال تقسیم در آن نرود با پراکندگی آن مانند سهمی از یک ماشین جایز است، زیرا وقف همانند هبه است، و هبه‌ی اموال تقسیم نشده و غیر قابل تقسیم جایز است.

---

۱. الدر المختار: ۳/ ۴۰۹ و ما بعد آن، ۴۲۷ و ما بعد آن.

۲. ردالمحتار: ۳/ ۴۱۰.

و علمای مالکیه وقف سهم پراکنده در میان مالی که قابل تقسیم نباشد را جایز ندانسته‌اند، زیرا از دیدگاه آنان محدود و مشخص بودن موقوفه شرط است، این یکی از دو قول ترجیح داده شده در مذهب است.

اما ملک مشترکی که قابل تقسیم باشد: ابویوسف گفته است –که به گفته‌ی او فتـوی داده می‌شود– وقف کردن آن جایز است، زیرا تقسیم علامت کامل شدن قبض است، و از دیدگاه او قبض شرط کامل شدن وقف نمی‌باشد، هم‌چنین تتمه‌ی آن هم شرط وقف نمی‌باشد، این گفته‌ی ابویوسف موافق با مذهب و نظر مالکیه و شافعیه و حنابله می‌باشد.

و محمد گفته است: وقف ملک تقسیم نشده جایز نیست، زیرا اصل قـبض نـزد او شـرط کامل شدن وقف است، هم‌چنین آنچه که به وسیله آن کامل می‌شود و قـبض در ملـک تقسـیم نشده صحیح نمی‌باشد، بیشتر مشایخ به گفته‌ی محمد عمل کرده‌اند.

قاضی ابوعاصم گفته است: گفته‌ی ابویوسف از نظر معنی قوی‌تر است، جز این‌که گفتـه‌ی محمد نزدیک‌تر به موافقت با آثار می‌باشد. و هنگامی که تصحیح‌کنندگانی از دو طـرف فـراوان شدند و گفته‌ی ابویوسف دارای ترغیب مردم به وقف می‌باشد، متأخرین اهل مذهب گفتـه‌انـد: قاضی حنفی و مقلد بین این‌که به صحت یا بطلان آن حکم نمایند مختار می‌باشند، هنگامی کـه اکثر فقها قول محمد را ترجیح می‌دهند، به هر کدام از این مذهب حکم کند صحیح است و نافذ می‌گردد، برای حاکم و قاضی جایز نیست به غیر از آن حکم صادر نماید چنان‌که بیشتر از یـک نفر به آن تصریح کرده است. و صاحب کتاب ((البحر)) گفته است: وقف ملـک تقسـیم نشـده هنگامی‌که به صحت آن قضاوت شود، صحیح خواهد بود، زیرا در چیزی قضاوت شده است که جای اجتهاد و نظر است.[1] این گفته‌ی معتبری است که صاحب ((الدرالمختار)) بـا آن موافقـت کرده است و همراه به این گفته گام بر می‌دارد که گفته می‌شود: وقف کامل نمی‌گردد حتی مال وقف شده قبض گردد، زیرا تسلیم هر چیزی به‌گونه است که شایسته‌ی آن باشد، تسلیم مسجد با تعیین کردن آن، و در غیر مسجد با تعیین متولی و تسلیم کردن به او می‌باشد، و تا این‌که تعیـین گردد، بنابر این وقف کردن ملک مشترکی که تقسیم می‌گردد بر خلاف اعتقاد ابویوسـف جـایز نیست.

---

[1]. فتح القدیر: ۵/ ۴۵، اللباب: ۲/ ۱۸۱، الدرالمختار: ۳/ ۳۹۹، ۴۰۹.

اما غیر احناف[1]؛ مالکیه گفته‌اند: وقف کردن ملک مشترک پراکنده در مواردی که قابل تقسیم باشد صحیح است، و آنچه که قابل تقسیم نباشد وقف کردن آن صحیح نیست.

شافعیه و حنابله گفته‌اند: وقف ملک مشترک هرچند قابل تقسیم نباشد صحیح است، وقف کننده بر آن اجبار کرده می‌شود اگر شریک او آن را بخواهد، و وقف کننده بر فروختن آن مجبور کرده می‌شود در صورتی که شریک او بخواهد، و قیمت آن در مثل وقف او قرار داده می‌شود، به دلیل این‌که عمرﷺ سهمیه خود در خیبر را که صد سهم بود با اجازه‌ی پیامبرﷺ وقف نمود، این صفت ملک مشترک است، زیرا مقصود حبس کردن اصل آن، و در راه خدا قرار دادن بهره‌ی آن می‌باشد، ملک مشترک در این مورد همانند ملک تقسیم شده می‌باشد.

اما قانون در ماده (۸) مبتنی بر رأی اوّل است و تصریح کرده است که وقف سهم مشترک در زمینی که قابل تقسیم نباشد جایز نیست، مگر باقی دیگر هم موقوفه باشد و جهتی که زمین بر آن وقف شده است یکی باشد، یا این‌که سهم‌های وقف شده به منافع عین وقف شده اختصاص داده شده باشند.

٤. وقف حقوق ارتفاقی:

شافعیه و حنابله[2] گفته‌اند: وقف طبقه‌ی بالای مسکنی بدون طبقه‌ی پایین یا برعکس جایز است، زیرا دو عین هستند که وقف آنها جایز است، پی وقف یکی بدون دیگری هم جایز است، و به دلیل این‌که فروختن طبقه‌ی بالا بدون طبقه پایین صحیح است، و به دلیل این‌که وقف تصرفی است که ملک را از ملکیت وقف کننده خارج می‌کند و به کسی انتقال می‌دهد که حق استقرار و تصرف در آن را می‌یابد، بنابراین همانند بیع صحیح است.

٥. وقف اقطاعات:

اقطاعات: به زمینی گفته می‌شود که در ملکیت دولت باشد که به برخی که همشهریان داده باشد که از آن بهره‌برداری کند و مالیات تعیین شده‌ی آن را با بقای ملکیت آن برای دولت، به دولت بپردازد.

اگر کسی که چنین زمینی به او داده شده است، آن را وقف کند، وقف او صحیح نخواهد بود، زیرا مالک آن نیست. هم‌چنین برای حکام، فرمانروایان و امرا جایز نیست چیزی از این گونه زمین‌ها را وقف نماید مگر این‌که موات باشد، یا امام آن را در ملکیت خود در آورده باشد، آن

---

[1]. الشرح الکبیر: ۴/ ۷۶، المهذب: ۱/ ۴۴۱، المغنی: ۵/ ۵۸۶، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷، غایة المنتهی: ۲/ ۳۰۰.

[2]. المهذب: ۱/ ۴۴۱، المغنی: ۵/ ۵۵۳.

را به شخصی داده باشد. کسی که زمین مواتی که احیا کند می‌تواند آن را وقف نماید، زیـرا بـا احیا کردن مالک آن شده است، و چیزی وقف کرده که مالک آن می‌باشد.[۱]

صاحب ((الدرالمختار)) گفته است: اغلب اوقاف امرا در مصر، قطعه زمین‌هایی بوده‌اند که وکلای بیت المال فاکتور و سند خریدی برای آنان قرار داده است.

اگر سلطان از میان بیت المال جهت مصلحتی عمومی چیزی را وقف کنـد، جـایز بـوده و مأجور خواهد بود.

برای سلطان جایز است که اجازه‌ی وقف کردن زمینی از اراضی شهرهای فتح شده با زور را - که بر جنگجویان تقسیم می‌گردد- صادر نماید، چرا که اگر تقسیم شود، ملک شخصی آنان می‌گردد؛ زیرا با فتح و تقسیم در ملکیّت غانمین در می‌آید، لذا فرمان سلطان در ارتبـاط بـا آن جایز است. اما اراضی که با صلح فتح می‌شود، فرمان سلطان در وقف کردن آن نافذ نمی‌گـردد، زیرا در ملکیت صاحب اصلی خود باقی می‌ماند.[۲]

علمای شافعیه[۳] گفته‌اند: صحیح است امام قسمتی از زمین بیت المال را وقف کند.

٦. وقف اراضی حوز:

زمین حوز به زمینی گفته می‌شود که: در مملوک برخی افراد باشد، اما آنـان نتواننـد از آن بهره‌برداری نمایند، لذا حکومت دست بر آن می‌گذارد تا ایـن‌کـه از آن بهـره‌بـرداری نمـوده و مالیات خود را از آن به دست آورد، وقف چنین زمینی صحیح نمی‌باشد، زیرا حکومت مالک آن نمی‌باشد، بلکه هنوز در ملکیت صاحب خود قرار دارد.

۷. وقف الارصاد:

ارصاد آن است که یکی از حکام زمینی از زمین‌های دولت را در راستای مصلحت عمومی مانند مدرسه یا بیمارستانی وقف کند. این مورد به حکم ولایت عمومی جایز است، اما این مورد ارصاد نامیده می‌شود نه وقف حقیقی.

۸. وقف مرهون:

علمای احناف[۱] گفته‌اند: برای راهن صحیح است شیء مرهون را وقف نماید؛ زیـرا مالـک آن است، اما حق مرتهن هم‌چنان متعلق به آن مرهون باقی مـی‌مانـد، اگـر راهـن بـدهی‌اش را

---

[۱]. الدالمختار: و ردالمحتار: ۳/ ۴۳۰. و ما بعد ان.

[۲]. منبع سابق.

[۳]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷.

پرداخت نماید، ذمه‌ی او پاک شده و عین مرهونه از حق مرتهن به آن خلاصی می‌یابد، در غیر این صورت مرتهن می‌تواند از راهن بخواهد وقف را ابطال کرده و مرهون را بفروشد. بنا براین در صورتی که راهن ثروت‌مند باشد قاضی او را بر دادن بدهی مجبور می‌کند، اما در صورتی که فقیر باشد، وقف باطل می‌گردد، و عین مرهونه که جهت پرداخت بدهی می‌فروشد، چنین است هنگامی که راهن بمیرد، اگر ترکه‌ی او کفایت بدهی‌اش را بنماید، آن شیء بر حالت موقوفه باقی می‌ماند، در غیر این صورت فروخته می‌شود و وقف باطل می‌گردد.

جمهور فقها[۲] جز احناف گفته‌اند: وقف شیء در گرو جایز نیست.

۹. وقف عین اجاره داده شده:

احناف و حنابله گفته‌اند:[۳] مستأجر نمی‌تواند منفعت عین مستَأجَره را وقف نماید، زیرا از دیدگاه آنان همیشگی و ابدیت در وقف شرط است، و اجره موقتی و غیر ابدی است. و هم‌چنین علمای شافعیه گفته‌اند:[۴] مالکِ منفعت که اصل آن برای شخص دیگری باشد نمی‌تواند آن را بر کسان دیگری وقف کند، اما در صورتی‌که مستأجر مسکن یا درختی را وقف کند،جایز است. و دوام وقف تا زمان اقدام مالکِ زمین بعد از مدت تحویل دادن کفایت می‌کند. مستعیر و موصیٰ‌لَه به منفعت در حکم مستأجر هستند و از دیدگاه آنان مستأجر می‌تواند زمین اجاره کرده را وقف نماید.

علمای مالکیه[۵] گفته‌اند: مستأجر می‌تواند عین اجاره کرده را در مدت اجاره وقف نماید، زیرا از دیدگاه آنان هیشگی و ابدی بودن در وقف شرط نیست، بلکه برای مدتی معین صحیح است، اما برای اجاره دهنده صحیح نیست عین اجاره داده را وقف کند.

علمای احناف و حنابله به اجاره دهنده اجازه داده‌اند که عین اجاره داده را وقف کند، زیرا چیزی را وقف کرده که مالک آن است، و در این صورت حق مستأجر در بهره‌برداری از آن تا پایان مدت اجاره یا راضی شدن به فسخ اجاره قبل از پایان مدت باقی می‌ماند.

---

[۱] .الدر، مبع سابق : ص ۴۳۲ و ما بعد آن .

[۲] . کشاف القناع: ۴/ ۲۷۱، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷.

[۳] . الدر المختار۳/ ۴۰۰، ۴۳۷ و ما بعد آن، کشاف القناع: ۳۷۱/۴.

[۴] . المحلی علی المنهاج با حاشیة قلیوبی و عمیره: ۹۹/۳، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷ و ما بعد آن.

[۵] . الشرح الصغیر: ۹۸/۴، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷.

و خلاصه این‌که از دیدگاه جمهور صحیح است اجاره دهنده عین اجاره داده را وقف کند، و از دیدگاه مالکیه صحیح نیست. از دیدگاه مالکیه مستأجر می‌تواند منفعت عین اجاره کرده را وقف کند اما از دیدگاه جمهور صحیح نمی‌باشد.

فصل سوم
حکم وقف، و زمان زایل شدن ملک وقف کننده

حکم وقف: یعنی اثری که بر حدوث وقف جاری می‌شود، این اثر با توجه به اختلاف آرای فقهی متفاوت است[1]:

از دیدگاه احناف: اثر وقف عبارت است از بخشش بهره به صورت غیر لازم، عین موقوفه در ملکیت وقف‌کننده هم‌چنان باقی می‌ماند و می‌تواند به دلخواه خود در آن تصرف نماید، هرگاه در آن تصرف نمود، تصرف او برگشت از وقف محسوب می‌گردد، هرگاه وقف‌کننده بمیرد، عین موقوفه به ورثه‌های او می‌رسد، و هرگاه بخواهد می‌تواند از وقف خود رجوع کند، هم‌چنان‌که جایز است مصارف و شروط آن را هرگونه که بخواهد تغییر دهد. بعد از بیان مذاهب در حکم وقف بحثی را به رجوع در وقف مسجد و غیره بنا بر این رأی اختصاص خواهم داد.

از دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه که به رأی آنها فتوی داده می‌شود: هنگامی که وقف صحیح واقع شود، عین وقف شده از ملکیت واقف خارج می‌شود و بر حکم ملک خداوند محبوس می‌گردد زیرا همانند سایر املاک از واقف (مالک اول) به موردی دیگر منتقل می‌شود. و در ملکیت موقوفٌ عَلَیهِم [کسانی که بر آنان وقف شده است] داخل نمی‌گردد.

هنگامی که وقف صحیح واقع شود، فروش، تملیک و تقسیم آن جایز نخواهد بود، مگر این‌که موقوفه ملک تقسیم نشده باشد که بنابر دیدگاه ابویوسف شریک می‌تواند درخواست تقسیم کند، آنگاه تقسیم آن جایز است، زیرا تقسیم جدا کردن و مشخص نمودن سهم وقف شده است، در وقف معنی مشخص نمودن در غیر اموالی که با کیلو یا وزن دیگری سنجش می‌شود که معنی مبادله در آن غالب است، با در نظر گرفتن مصلحت وقف بیشتر می‌باشد. گفته‌ی دو

---

[1]. الدر المختار: ۳/ ۳۹۹، ۴۰۲ و ما بعد آن، البدایع: ۶/ ۲۲۰ و ما بعدآن، اللباب: ۲/ ۱۸۰ – ۱۸۴، فتح القدیر: ۵/ ۴۵، ۵۲، الشرح الصغیر: ۴/ ۹۷، القوانین الفقهیه: ص ۳۷۰، الفروق: ۲/ ۱۱۱، المهذب: ۱/ ۴۴۳، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۸۹، المغنی: ۵/ ۵۴۶، غایة المنتهی: ۲/ ۳۰۶.

شاگرد ابوحنیفه در ارتباط با جواز تقسیم ملک مشاع بین واقف و شریک او، یا واقف و واقفی دیگر یا واقف و ناظر آن ملک در صورتی که جهت وقف متفاوت باشد. مُفتی به می‌باشد.

مالکیه می‌گویند: عین وقف شده در ملکیت واقف باقی می‌ماند، اما منفعت آن برای موقوف لَه[کسی که برای او وقف شده است] لازم می‌شود، دیدگاه آنان همانند دیدگاه احناف است و دلیل آنان حدیث پیامبرﷺ می‌باشد که فرمود: ((حَبِّس الأَصلَ و سَبِّل الثَّمَرَةَ)): اصل آن را نگاه دار و فراورده‌های آن را در راه خدا قرار ده.

قول اظهر از مذهب شافعی این است که: ملکیت عین وقف شده از عهده‌ی واقف به خداوند منتقل می‌شود، یعنی از اختصاص انسان خارج می‌شود، نه در ملکیت واقف باقی می‌ماند و نه در ملکیت موقوف‌علیه داخل می‌شود بلکه منافع آن به موقوف‌علیه اختصاص می‌یابد که هم خود شخصا می‌تواند از آن استفاده کند و هم می‌تواند آن را به صورت عاریه یا اجاره به شخص دیگری بدهد ومالک اجره و فواید آن از قبیل ثمره، پشم و شیر خواهد بود، دیدگاه آنان همانند دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه می‌باشد.

و حنابله طبق قول صحیح از مذهب گفته‌اند: هنگامی که وقف صحیح واقع شود بدان وسیله ملکِ واقف زایل می‌گردد، زیرا وقف سببی است که تصرف در ذات و منفعت آن را زایل می‌کند، پس همانند عتق ملکیت را نیز زایل می‌کند، اما مقصود از حدیث: ((حَبِّس الأَصلَ و سَبِّل الثَّمَرَةَ)) این است که محبوس باشد که فروخته نشود و به کسی بخشیده نشود و کسی آن را از او ارث نبرد.

از دیدگاه حنابله در صورتی که وقف بر مساجد و امثال آن از قبیل مدرسه، کاروانسرا، پل و مجاهدین باشد ملکیّت آن به خداوند منتقل می‌گردد و در صورتی که موقوف‌علیه انسانی مشخص باشد مانند زید یا عمرو یا جمعی محدود و مشخص مانند: فرزندان او یا فرزندان زید ملکیت وقف به موقوف‌علیه منتقل می‌شود، زیرا وقف سببی است که تصرف در ذات را زایل می‌کند، ملک منتقل شده به موقوف علیه همانند هبه می‌باشد.

چه زمانی ملک از وقف زایل می‌شود؟

از دیدگاه احناف[1] به یکی از اسباب چهارگانه ملک از موقوف زایل می‌شود:

---

[1]. الدرالمختار: ۳/ ۳۹۵ -۳۹۹.

۱. با تعیین نمودن مسجد.

۲. یا به حکم قاضی، زیرا قاضی در آن مجتهد است یعنی برای او اجتهاد و اختلاف نظر ائمه در آن جایز است، پس حکم در آن رفع‌کننده خلاف است.

۳. یا با مردن، در صورتی که آن را به مردن معلق کرده باشد، مانند این‌که بگوید: هرگاه مردم مسکنم را بر چنین موردی وقف کردم، قول صحیح این است که همانند وصیت است از یک سوم ترکه لازم می‌گردد، نه قبل از ان.

٤. یا با گفته‌ی او: در حیاتم آن را وقف کردم، و بعد از مرگم برای همیشه، این گونه وقف از دیدگاه سه امام مذهب احناف صحیح است، اما از دیدگاه امام ابوحنیفه تا زمانی که زنده باشد بهره و فراورده‌های آن نزد شده و صدقه داده می‌شود و باید به آن وفادار بماند و می‌تواند از آن رجوع کند، در صورتی که تا زمان مرگش از آن رجوع نکند، وقف از یک سوم نافذ می‌شود.

در دو مورد اول ملک زایل شده و با مرگ واقف، وقف لازم می‌گردد، اما در حال حیات واقف می‌تواند از وقف رجوع کند، چه فقیر باشد یا ثروتمند با امر قاضی باشد یا غیر او در همه صورت جایز است.

بنا بر حکم به لزوم وقف و بنا بر نظر محمد تا وقف مشخص نشده و قبض نشود کامل نمی‌گردد، زیرا همانند صدقه است، و به دلیل این‌که تسلیم هرچیزی به گونه‌ای است که شایسته‌ی آن باشد، در ارتباط با مسجد با تعیین کردن و در غیر مسجد با نصب متولی و تحویل گرفتن او، از دیدگاه محمد وقف ملک مشترکی که تقسیم می‌گردد جایز نیست و از دیدگاه ابویوسف جایز است، چنان که بیان شد، زیرا از دیدگاه او تسلیم شرط وقف نمی‌باشد زیرا نزد او وقف همانند آزاد کردن است.

مالکیه[1] برای صحت وقف شرط کرده‌اند که: همانند هبه قبض شود، در صورتی که واقف قبل از قبض بمیرد، یا در بیماری مرگ قرار بگیرد وقف باطل می‌شود.

شافعیه[2] گفته‌اند: وقف عقدی است[1] که مقتضی نقل ملک فی الحال می‌باشد، با علم به این‌که نزد آنان در وقف بر معین، شرط گرفته‌اند که قبول متصل به ایجاب باشد مشروط بر

[1]. القوانین الفقهیه: ص ۳۷۰.

[2]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۸۳، ۳۸۵.

این‌که اهل قبول باشد و در غیر این صورت قبول ولی او مانند هبه و وصیت شرط است اما وقف بر موردی عمومی مانند: فقرا یا مسجد یا امثال آن قبول در آن شرط نمی‌باشد.

حنابله نیز همانند شافعیه گفته‌اند که ملک زایل می‌شود و با مجرد تلفظ لازم می‌گردد، زیرا وقف با لفظ حاصل می‌شود به دلیل حدیث عمر که بیان شد((إِن شِئتَ حَبَّستَ أَصلَها و تَصَدَّقتَ بِها)) و به دلیل این‌که بخششی است که مانع بیع، هبه و میراث می‌باشد، پس همانند عتق با مجرد گفتن لازم می‌گردد.

از دیدگاه حنابله تقسیم و جدا نمودن ملک وقف شده از غیر آن صحیح است با توجه به این‌که تقسیم عبارت است از مشخص نمودن. تقسیم بنا بر تفصیل آتی می‌باشد: اگر رد کردنی در آن نباشد تقسیم جایز است، هم‌چنین اگر از جانب صاحبان وقف رد شده باشد، زیرا رد کردن خریدن چیزی از غیر واقف می‌باشد، اما در صورتی‌که آن رد از جانب غیر صاحبان وقف باشد جایز نیست، زیرا خریدن بعضی از وقف است و فروش آن جایز نیست.

تفصیل سابق شامل موردی نیز می‌آید که ملک تقسیم نشده وقف بر دو مورد باشد و اهل آن دو مورد بخواهند آن را تقسیم نمایند، اگر به هر صورتی رد کردنی در آن باشد جایز نمی‌باشد.

و هرگاه تقسیم در وقف جایز باشد و یکی از دو شریک آن را طلب کند، دیگری بر آن اجبار می‌شود، زیرا کل تقسیم جایز بوده بدون رد و ضرر، پس واجب می‌گردد.

موضع قانون در ارتباط با رجوع از وقف بر مسجد و غیر مسجد[2]:

رجوع از وقف بر مسجد: طبق ماده (٤٨) مصوبه سال ١٩٤٦ و ماده (١١) رجوع و تغییر وقف بر مسجد جایز نمی‌باشد.

---

[1]. در اصطلاح فقها گاهی عقد بر التزامی که حکمی شرعی از آن سرچشمه می‌گیرد، اطلاق می‌شود چه از یک طرف صادر شده باشد مانند نزد و سوگند، یا از دو طرف صادر شده باشد مانند بیع و اجاره، چنان‌که بر مجموع ایجاب و قبول اطلاق می‌شود، یا بر سخن یکی از طرفین عقد اطلاق می‌شود.

[2]. مراجعه شود به کتاب الوقف تألیف استاد عیسوی: ص ۱۷ به بعد. مبحث موضع قانون در ارتباط با رجوع از وقف بر مساجد و غیر مساجد توسط مترجم مختصر شده و چند پاراگراف که مصوبه‌ی خاص قانون کشور مصر یا سوریه می‌باشد حذف شده است زیرا هر آنچه که در چارچوب مذاهب اهل سنت لازم باشد قبل یا بعد از این مطلب ذکر شده است. [مترجم]

مقصود از وقف بر مسجد آن است که ابتداءً بر مسجد وقف شده باشد نه آنچه که در انتها بر وقف می‌گردد مانند این‌که ابتدا بر موردی وقف کرده باشد سپس بعد از آن بر مسجد، مطابق با قانون شماره (۷۸) سال ۱۹٤۷.

و در ارتباط با رجوع از وقف بر غیر مسجد قانون مطابق مذهب ابوحنیفه در حیات واقف و به مذهب دو شاگرد او و دیگر ائمه بعد از وفات وقاف عمل کرده است.

در حیات واقف: ماده ((۱۱) تصریح کرده است که: واقف می‌تواند از کل یا قسمتی از وقف خود رجوع کند، چنان‌که جایز است مصارف و شروط آن را تغییر دهد هر چند خود را از آن محروم کند بنا بر آن که تغییر در چهارچوب قانون تنفیذ شود. این امر بر جواز رجوع از وقف و تغییر در آن دلالت می‌کند و تنها امام ابوحنیفه بر این قول بوده است.

اما بعد از وفات واقف: قانون از آن سکوت کرده است، و آنچه که قانوت از آن سکوت کرده باشد به قول راجح در مذهب ابوحنیفه عمل می‌کند، و قول راجح در مذهب ابوحنیفه گفته‌ی دو شاگرد او می‌باشد که وقف بخششی لازم است و رجوع از آن جایز نمی‌باشد.

ده شرط:

ماده دوازدهم قانون مصر شماره (٤۸) سال ۱۹٤٦ به واقف اجازه داده است که در وقف برای خود ده شرط بگیرد که عبارتند از:

اعطاء ،حرمان ، اخراج، برتری، نقصان، تغییر، ابدال، استبدال، بدل یا تبادل یا تبدیل.[۱]

اعطاء: یعنی هرکسی را که بخواهد در وقف داخل کند، و از استعمال آن لازم می‌آید مصرف اصلی از عایدات وقف یا بعضی از آن در مدتی که موقوف علیه استحقاق آن را داشته باشد.

ادخال: داخل کردن غیر موقوف علیه و قرار دادن او از اهل وقف تا این‌که او بعد از داخل کردن استحقاق مصرف ان را داشته باشد.

اخراج: یکی از اهل وقف را برای همیشه یا مدتی معین از استفاده‌ی از موقوفه محروم کند، مفهوم اخراج با حرمان متفاوت است، اخراج برای همیشه حرمان است، و حرمان برای همیشه اخراج.

---

۱. قانون الوقف تألیف استاد شیخ فرج السنهوری: ص ۲۰۸، ۲۱۳، ۲۱۷.

برتری یا زیادهٔ یعنی برتری دادن برخی از کسانی که بر آنان وقف شده است بر باقی دیگر، این وقف استفاده‌ی او یا سهم او بیشتر باشد.

نقصان: به بعضی از کسانی که بر ایشان وقف نموده کمتر از دیگران بدهد.

تغییر: این شرط از شروط سابق عام‌تر است و همه‌ی شروط سابق شامل آن می‌آیند، ذکر این شرط بعد از آنها اجمال بعد از تفصیل است.

استبدال: مثلاً موقوفه‌ای که زمین یا ملک غیر منقول باشد را بفروشد و چیزی دیگری را با قیمت آن خریداری نماید یا قیمت آن را صرف موقوف‌علیه کند.

فصل چهارم

شروط وقف

برای صحت وقف هر یک از واقف، موقوف، موقوف‌علیه و صیغه دارای شرایط مخصوص به خود می‌باشند:

مبحث اول: شروط واقف:

برای صحت و تنفیذ وقف شرط‌های آتی در واقف گرفته شده است[1]:

و آن اهلیت بخشش است همانند باقی بخشش‌ها از قبیل هبه، صدقه و غیره، زیرا وقف تبرع است و تحلیل این شرط به چهار شرط ممکن است:

۱. واقف آزاد و مالک باشد: وقف شخصی که برده است، صحیح نیست، زیرا ملک ندارد، وقف کردن مال و ملک دیگران جایز نیست، هم‌چنین جایز نیست غاصب مال غصب کرده را وقف کند، زیرا باید واقف هنگام وقف کردن مالک قطعی وحتمی آنچه که وقف می‌کند باشد، چه به سبب فاسدی مالک آن شده باشد مانند این‌که چیزی را با شرایط فاسد خریداری کرده باشد، یا این‌که از دیدگاه احناف چیزی را که با شرایط فاسد به او بخشیده شده باشد و بعد از قبض آن را وقف کند، نباید واقف منع شده از تصرف در مال باشد. چیزی که وقف شده است در صورتی که استحقاق شخص دیگری را پیدا کند هرچند بر مسجد هم وقف شده باشد، و وقف بیماری که بدهی‌ها ترکه‌ی او را دربر گرفته باشد و وقف کسی که به خاطر سبک مغزی یا بدهی محجور شده است باطل می‌گردد. اگر مالک وقف فضولی را اجازه دهد جایز است.

---

[1]. البدایع: ۶/ ۲۱۹، الدرالمختار و ردالمحتار: ۳/ ۴۳۴، القوانین الفقهیة: ص ۳۶۹، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۶ و ما بعد ان، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۹، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷– ۸۸، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۱، ۱۱۸، غایة المنتهی: ۲/ ۳۰۰ و ما بعد آن.

۲. واقف عاقل باشد: وقف دیوانه صحیح نیست زیرا فاقد عقل است، وقف معتوه صحیح نیست زیرا ناقص العقل است، وقف کسی که بر اثر بیماری یا بالارفتن سن عقلش مختل باشد صحیح نیست، زیرا از عقل سالم برخوردار نیست، زیرا همه تصرف‌ها عقل و تمیز را طلب می‌کند.

۳. بالغ باشد: وقف کودک غیر بالغ صحیح نیست، چه به سن تمیز رسیده باشد یا نه، زیرا بلوغ مظنه‌ی کمال عقل است.

چنان‌که در مبحث نظریات فقهی بیان شده است: بلوغ یا با نشانه‌های طبیعی از قبیل احتلام [در مردان] و عادت ماهانه [در میان زنان] یا با رسیدن به سن پانزده سالگی طبق نظر اکثر فقها، و هفده سالگی طبق نظریه امام ابوحنیفه ثابت می‌شود.

قانون برای صحت تبرع رسیدن به سن رُشد را شرط کرده است که کامل شدن (۲۱) سال در قانون مصر و (۱۸) سال در قانون سوریه می‌باشد.

۴. رشید باشد: بر اثر سبک مغزی، افلاس یا غفلت محجور نباشد، چنان‌که در سایر تصرفات مالی این مورد شرط شده است. از دیدگاه جمهور فقها وقف مفلس و کسی که دچار غفلت می‌شود صحیح نیست، احناف گفته‌اند: وقف بدهکاری که مفلس است جز با اجازه طلبکارانش جایز نیست، محجور نبودن واقف از دیدگاه احناف شرط نفاذ وقف است نه شرط صحت آن.

نظریه احناف در وقف بدهکار: احناف وقف بدهکار را به ترتیب زیر توضیح داده‌اند:

أ. اگر بدهی همه دارایی او را در بر نگیرد و او مازاد بر مقداری که کفایت بدهی را بنماید وقف کند، وقف او صحیح و نافذ خواهد بود، زیرا برای حق طلبکارن هیچ ممانعتی ایجاد نکرده است.

ب. در صورتی که بدهی همه دارایی او را دربر بگیرد: نفاذ وقف او متوقف بر اجازه‌ی طلبکاران خواهد بود، چه حَجر بر او اجرا شده باشد یا نه، چه در حال بیماری مرگ باشد یا صحیح و سالم باشد، حالت اخیر بر حسب دیدگاه متأخرین علمای احناف می‌باشد، اگر طلبکاران اجازه دهند،وقف او نافذ می‌گردد در غیر این صورت باطل خواهد بود. لیکن اجازه در حال بیماری مرگ بعد از مرگ خواهد بود زیرا بعد از مرگ مشخص می‌گردد که آن بیماری بیماری مرگ بوده است. قانون مدنی مصر ماده (۲/۲۳۸) و قانون مدنی سوریه ماده (۲/۲۳۹) با

این مورد که تصرف بدهکار در صورتی که بخشش باشد در حق طلبکارن تنفیذ نمی گردد موافق است.

وقف بیمار در بیماری مرگ:

در مبحث حَجر بر بیمار روشن شد که مذاهب بر حَجر بر بیمار در ارتباط با بخشش‌هایش که بیشتر از یک سوم باشدبه شرطی که بدهی بر او نباشد اتفاق دارند که تبرعات او از قبیل وقف، صدقه، هبه، و وصیت در بیشتر از یک سوم مالش جهت رعایت حق ورثه‌ها در ترکه صحیح نمی‌باشد، اما در حدود یک سوم ترکه و کمتر از آن تبرعات او و از جمله وقف جهت رعایت مصلحت او در به دست آوردن اجر و پاداش اخروی صحیح می‌باشد. به دلیل حدیثی که امام بخاری و مسلم از سعدبن ابی‌وقاص روایت کرده‌اند که گفت: ((در سال حجّة الوداع که دچار بیماری شدیدی شده بودم پیامبرﷺ به دیدنم آمد، گفتم ای رسول خدا بیماری من شدت یافته است، و من دارای ثروت می‌باشم و تنها یک دختر دارم آیا می‌توانم دوسوم دارایی‌ام را صدقه دهم؟ فرمود: خیر، گفتم: نصف آن؟ فرمود: خیر، سپس فرمود: ((الثُّلثُ والثُّلثُ کَثِیرٌ، إِنَّکَ إن تذر وَرَثَتَکَ أغنیاءَ خَیرٌ من أن تَدَعَهُم عالَةً یَتَکَفّفون النَّاسَ))[1]: یک سوم مالت را وصیت کن و یک سوم زیاد است، بی‌گمان اگر ورثه‌ات را بعد از خود ثروتمند رها کنی بهتر از آن است که آنان را فقیر رها کنی و آنان از مردم درخواست کمک نمایند. تفصیل آرای فقها در این موضوع خواهد آمد.

وقف شخص مرتد: احناف[2] گفته‌اند: در این مورد دو حالت وجود دارد:

نخست: اگر مرتد در حال ارتدادش وقف کند، از دیدگاه ابوحنیفه وقف او معلق خواهد بود، اگر به اسلام برگردد، وقف او صحیح واقع می‌شود، در غیر این صورت اگر بمیرد یا بر اثر ارتدادش کشته شود و حکم به تبعید او به دار الحرب شود، وقف باطل می گردد.

دوّم: اگر وقف کند سپس – پناه برخدا- مرتد شود، وقف او باطل می‌گردد، حتی اگر به اسلام برگردد مادام که بعد از برگشت وقفش را تجدید ننماید، زیرا عمل او بر اثر ارتداد باطل می‌گردد. بنا بر این تفصیل این گفته فهمیده می‌شود که وقف‌های شخص بر اثر ارتداد باطل

---

[1]. به روایت احمد و ائمه شش‌گانه از سعد بن ابی وقاص (نصب الرایة:۴/۴۰۱، نیل الاوطار:۴/۴۰۳-۴۰۵).

[2]. ردالمختار علی الدر المحتار: ۳/ ۳۹۴ و ما بعد آن، ۴۳۴.

می‌گردد. و از دیدگاه احناف وقف زن مرتده صحیح است، زیرا کشته نمی‌شود، مگر این‌که وقف برحج یا عمره و امثال آن باشد، که در این صورت جایز نیست.

وقف شخص کافر: علمای شافعیه وقف شخص کافر هر چند بر مسجد باشد را جایز دانسته‌اند، و در مقابل صدقاتش در دنیا پاداش داده می‌شود، اما بهره‌ای از پاداش در آخرت را نخواهد داشت، به دلیل روایت مسلم از انس بن مالک‌ رضی الله عنه که گفت: پیامبرﷺ فرمود: ((إنَّ اللهَ لا يَظْلِمُ مُؤمِناً حَسَنَةً، يُعطِي بِها فِي الدُّنيا، و يُجزِي بِها فی الآخِرَة، و اما الكافِرُ فَيُطعَمُ بَحسناتِ ما عَمِلَ بِها لله فِي الدُّنيا، حَتّى إذا أَفضى إلى الآخِرَةِ لَم يَكُن لَهُ حَسَنَةٌ يَجزى بِها)): خداوند نیکی‌های مؤمن را ضایع نمی‌کند و به او ظلم روا نمی‌دارد، پاداش آن را هم در دنیا و هم در آخرت می‌دهد، اما شخص کافر هنگامی که به خاطر خدا در این دنیا عملی را انجام دهد در مقابل آن در این دنیا پاداش داده می‌شود تا این‌که هنگامی که به آخرت می‌رسد حسنه‌ای برای او باقی نمی‌ماند که در مقابل آن پاداش داده شود.

وقف شخص مُکره: شافعیه و مالکیه و حنابله گفته‌اند: شرط واقف این است که مختار باشد، بنابراین وقف شخص مُکرَه صحیح نیست، زیرا عبارات و گفته‌های او معتبر نمی‌باشد.

وقف شخص نابینا: بینایی شرط صحت وقف نمی‌باشد، بنابراین وقف نابینا، به خاطر این‌که گفته‌های او معتبر می‌باشد، صحیح است.

وقف چیزی که رؤیت نشود: شرط نیست که موقوف برای واقف معلوم باشد، وقف چیزی که آن را ندیده است صحیح است، چنان که شافعیه آن را بیان کرده‌اند.[1]

شرط واقف همانند نص شارع می‌باشد: فقها اتفاق نظر دارند که شرط واقف همانند نص شارع می‌باشد، اما در مدلول و مقدار آن اختلاف نظر دارند.

احناف گفته‌اند:[2] این گفته‌ی فقها ((شرط واقف همانند نص شارع است)) یعنی در فهم و دلالت و وجوب عمل به آن، و گاهی هم مقصود مفهوم آن است، یعنی مفهوم آن معتبر دانسته نمی‌شود چنان‌که در نصوص شرعی معتبر دانسته نمی‌شود، با عمل به آنچه که نزد آنان مقرر است که مفهوم مخالف به دلیل الخطاب مسمی است در نصوص شرعی معتبر نمی‌باشد که شامل پنج قسم است: مفهوم صفت، مفهوم شرط، مفهوم غایت، مفهوم عدد، مفهوم لقب.

---

[1]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۶

[2]. الدر المختار و ردالمحتار: ۳/۴۳۴،۴۲۶، ۴۵۶ و ما بعد آن، ۴۷.

مقصود از عدم اعتبار مفهوم مخالف در نصوص این است که: سخنانی مانند این گفته: به فلان مرد عالم بده، اگر زید درخواست نمود به او بده، یا تا راضی شود به او بده، ده عدد به او بده، یک لباس به او بده، این گفته‌ها بر نفی حکم از مخالف آنچه گفته شده است دلالت نمی‌نماید، یعنی آن شخص از دادن مال به غیر از اشخاص نام برده شده نهی نشده است، مگر این‌که دلیلی بر نهی از بخشش به غیر از نامبرده شده‌ها دلالت کند.

اما مفهوم مخالف روایات کتابهایی که می‌گویند: ((مفهوم تصنیف[دسته دسته کردن] حجت است)) معتبر می‌باشد، زیرا غالباً قصد فقها از ذکر حکم در منطوق، نفی حکم از غیر آن است، مانند این گفته که می‌گویند: نماز جمعه بر هر مرد بالغ، عاقل، مقیم واجب است مقصود از این صفات این است که بر کسانی که دارای این صفات نباشند واجب نیست، فقها با این گفته بر نفی وجوب نماز جمعه بر زن، برده و کودک می‌نمایند.

بنابر نظر اصولیین احناف در اصل مذهب: ((مفهوم مخالف در وقف معتبر نمی‌باشد)) یعنی شرط واقف بر نفی مخالف آن دلالت نمی‌کند. اما متأخرین مذهب حنفی گفته‌اند: در غیر از نصوص شرعی مفهوم مخالف معتبر است، با عمل به چیزی که از عرف و فهم مردم فهمیده می‌شود، مفهوم مخالف در کلام واقف واجب می‌گردد، زیرا او بر اساس عرف خود سخن می‌گوید.

بنا بر این حکم: چنان که مفهوم تصنیف حجت است، در عرف مردم، و معاملات و عقلیات مفهوم مخالف معتبر است، و تحقیق آن این گونه است که لفظ واقف، موصی، سوگند یادکننده، نذر کننده و هرعاقد دیگر بر عادت او در خطاب و زبان محاوره‌ای او حمل می‌شود، چه با زبان عرب و زبان شرع موافقت داشته باشد یا نه.

و خلاصه این‌که: از دیدگاه اصولیین مذهب حنفی مفهوم مخالف در وقف معتبر دانسته نمی‌شود، اما از دیدگاه متأخرین سخن واقف بر عرف زمان او حمل می‌شود. اگر شخص بگوید بر فرزندان ذکورم وقف نمودم تنها به آنان داده می‌شود و فرزندان اناث از آن محروم می‌شوند زیرا در این کلام چیزی که بر سهیم بودن آنان دلالت کند وجود ندارد، مگر این‌که در کلام او دلیلی بر دادن به آنان وجود داشته باشد، که در این صورت سهیم بودن آنسان را از بتدا ثابت می‌کند نه به حکم اشاره، بنابراین رأی متأخرین بر این است که مفهوم مخالف در غیر نصوص شرعی آنچه که در فهم مردم و عادت آنان می‌گنجد در معاملات و عقلیات معتبر دانسته می‌شود.

علمای احناف بنابر این قاعده گفته‌اند: هر آنچه که مخالف با شرط واقف باشد مخالف با نص می‌باشد، و حکم به آن حکم بدون دلیل است، چه سخن واقف صریح باشد یا ظاهر، زیرا با عمل به گفته‌ی مشایخ ((شرط واقف همانند نص شارع است)) پیروی از آن واجب می‌باشد.

شرط واقف در اجاره دادن موقوفه باید رعایت شود، هنگامی که شرط کند موقوفه برای بیشتر از یک سال اجاره داده نشود، و مردم در اجاره کردن آن رغبت نشان ندهند، و اجاره دادن آن به مدت بیشتر از یک سال برای فقرا بهتر باشد، قیم و ناظر آن نمی‌توانند آن را بیشتر از یک سال اجاره دهند بلکه حکم آن باید به قاضی کشیده شود، تا آن را اجاره دهد، زیرا قاضی ولایت و نظر بر فقرا و غایبین و میت دارد. اما در صورتی که واقف چنین شرطی را نگرفته باشد قیم و ناظر می‌توانند بدون اجازه‌ی قاضی آن را اجاره دهند.

هرگاه واقف شرط کند که موقوفه فروخته شود و قیمت آن صرف نیازهایش گردد، یا شرط کند که آن را از وقف خارج کرده و در غیر آن قرار دهد، یا آن را ببخشد و قیمت آن را صدقه دهد، یا به هرکس که بخواهد ببخشد یا آن را در رهن قرار دهد و آن را از وقف خارج کند،وقف باطل می‌شود. اگر واقف شرط فاسدی را شرط کند، شرط باطل و وقف صحیح خواهد بود. شرط فاسد این است که: منافی با عقد وقف بوده یا شرعاً غیر جایز باشد، یا فایده‌ای در آن نباشد، مانند شرط کردن رجوع از وقف برای مسجد هرگاه خواست، یا وقف بر مفسدین و یا وقف در وجوه فساد، یا شرط کند بهره‌ی آن به کسی داده شود که در کنار قبر او قرآن بخواند، یا در منزل او یا در مسجدی معین نظیر قرائت او قرائت نماید، یا شرط کند که بهره و فراورده‌های آن صرف ذریت او در خصوص نفقه و لباس و پختن نان و دادن به طالبان علم باشد.

مسائل هفت گانه‌ای که در آنها مخالفت با شرط واقف صحیح است: علمای احناف هفت مسأله را استثنا کرده‌اند که در آن مخالفت با شرط واقف صحیح می‌باشد:

نخست: اگر واقف عدم استبدال موقوفه با چیز دیگری را شرط کند.

دوّم: شرط کند که قاضی ناظر و قیّم موقوفه را عزل نکند، در صورتی که اهلیت نداشته باشد قاضی می‌تواند عزل کند.

سوم: شرط کند که موقوفه‌ی او بیشتر از یک سال اجاره داده نشود، و مردم در اجاره کردن آن علاقه نشان ندهند، یا در اجاره دادن برای بیشتر از یک سال نفع فقرا وجود داشته باشد، قاضی می‌تواند با شرط او مخالفت نماید، اما ناظر و قیم نمی‌توانند.

چهارم: شرط کند که بر قبر او قرآن خوانده شود، تعیین باطل است با توجه به کراهت قرائت بر قبر، و بر اساس قول مختار با آن مخالفت می‌شود.

پنجم: شرط کند عایدات موقوفه بر کسانی صدقه داده شود که در چنان مسجدی سؤال می‌کنند، قیّم می‌تواند آن را بر سائلان در مساجد دیگر نیز صدقه نماید، یا بر کسانی که سؤال نمی‌کنند.

ششم: برای مستحقین نان و گوشت معینی را در هر روز شرط کند، قیّم می‌تواند قیمت آن را به صورت نقد به آنان بپردازد، و راجح این است آنان صاحب اختیار خواهند بود.

هفتم: قاضی می‌تواند برحقوق امام معلومی که حقوقش کفایت او را نمی‌نماید و حال آن‌که آن شخص عالم متقی باشد، بیفزاید.

و مالکیه[1] گفته‌اند: وجوباً از شرط واقف پیروی می‌شود هر چند مکروه باشد و شرعاً ممنوع نباشد، در صورتی که شرط غیر مجاز باشد از آن پیروی نمی‌شود، اگر شرط نماید که عایدات موقوفه به مذهب خاصی از میان مذاهب اربعه اختصاص داده شود، یا به تدریس گروهی در مدرسه‌ی او یا به تخصیص امامی در مسجد، یا قیّم آن اختصاص داده شود، به شرط او عمل می‌شود زیرا جایز است.

و هم‌چنین **علمای شافعیه**[2] مقرر داشته‌اندکه: به شروط واقف همانند سایر شروطی که متضمن مصلحتی باشد عمل می‌شود. اگر مالی را وقف کند به شرط این‌که اصلاً اجاره داده نشود، یا [هر بار] بیشتر از یک سال اجاره داده نشود، وقف صحیح است. و حالت ضرورت از این مورد استثنا می‌باشد، مانند این‌که شرط نماید که مسکن بیشتر از یک سال اجاره داده نشود، سپس آن مسکن خراب شود، و جهت تعمیر و بازسازی موردی جز اجاره دادن آن برای چند سال وجود نداشته باشد، اجاره دادن آن در عقدهایی مستأنفه جایز است هرچند که واقف شرط نموده باشدکه از نو دوباره اجاره داده نشود، زیرا منع در این صورت به تعطیلی آن می‌انجامد و مخالف با مصلحت وقف می‌باشد.

اگر در وقف بر مسجد شرط نماید به طائفه‌ای معین مانند شافعیه اختصاص یابد، چنان‌که مدرسه یا کاروانسرایی که وقف کرده می‌شود و شرط گرفته می‌شود که مختص طائفه‌ای

---

[1]. الشرح الصغير: ۴/ ۱۱۹، القوانين الفقهيه: ص ۳۷۱.

[2]. مغني المحتاج: ۲/ ۳۸۵، المهذب: ۱/ ۴۴۳.

مشخص باشد، به آن اختصاص پیدا می‌کند، هم‌چنین اگر قبرستانی را به طائفه‌ای اختصاص دهد به آنان اختصاص می‌یابد.

عایدات موقوفه مطابق شرط واقف از جمله ترجیح دادن برخی بر برخی، مساوات، برتری دادن، تقدیم یا تأخیر، جمع و ترتیب، داخل کردن کسانی که بخواهد با صفتی و خارج کردن کسی دیگر با صفتی، به مصرف می‌رسد؛ زیرا یاران پیامبر ﷺ وقف نمودند و شرایط آن را نوشتند، عمربن خطاب رضی الله عنه صدقه را برای سائل، محروم، مهمان و ذوی‌القربی، ابن سبیل و فی سبیل الله نوشت. حضرت علی کرَّمَ الله وجهه صدقه خویش را به این ترتیب نوشت: ((جهت طلب رضایت خداوند تا مرا داخل بهشت کند، و آتش را از چهره‌ام دور سازد، مرا از آتش دوزخ دور سازد، در راه خدا، برای ذی الرحم و فامیل نزدیک و دور، که نه فروخته شود و نه ارثیه من باشد)). حضرت فاطمه رضی الله عنها دخت پیامبر ﷺ وصیتش را برای زنان پیامبر و فقراء بنی هاشم و بنی مطلب نوشت.

و حنابله ذکر کرده‌اند که: وجوباً به شرط واقف رجوع می‌شود، هرچند شرط مباح و غیر مکروه باشد، و به شرط او در ارتباط با اجاره ندادن موقوفه و مدت آن عمل می‌شود، هنگامی که شرط نماید بیشتر از یک سال اجاره داده نشود، بیشتر از یک سال جایز نمی‌باشد، اما هنگام ضرورت بر حسب ضرورت افزوده می‌شود چنان‌که شافعیه گفته‌اند.

به شرط واقف در ارتباط با تقسیم عایدات موقوفه بر موقوف‌علیه عمل می‌شود، یعنی در تعیین کردن استحقاق مانند این‌که وقف نماید به شرط این‌که برای اناث یک سهم و برای ذکور دو سهم یا برعکس باشد.

نیز به شرط واقف در ارتباط با تقدیم و تأخیر، جمع، ترتیب، مساوات، برتری یکی بر دیگری عمل می‌شود، مانند این‌که بگوید: بر زید و عمرو و بکر وقف نمودم، از زید شروع کند یا از شخص دیگری، یا بر فرزندان زید و فرزندان آنها وقف کند که استحقاق را در یک حالت قرار دهد. یا بگوید: بر فرزندان زید سپس فرزندان فلانی، در این صورت فرزندان یکی را مقدم بر فرزندان دیگری قرار داده است. یا بین مستحقین مساوات برقرار نماید؛ مانند این‌که بگوید: ذکور و اناث در استفاده از این موقوفه مساوی باشند، یا برخی را بر برخی دیگر تفضیل دهد، مانند این‌که بگوید: برای مذکر دو برابر مؤنث باشد.

اگر شرط واقف مجهول باشد، در صورت امکان به اسلوب پرداخت به کسانی که به آنان اعتماد دارد عمل می‌شود. در صورتی که عمل به این اسلوب ممکن نباشد و وقف بر عمارت یا

اصلاح باشد، به مقدار نیاز صرف آن می‌گردد. اگر بر قومی وقف کرده باشد به عادتی که در بین آنان جاری است عمل می‌شود، سپس به عرفی که در مقدارهای صرف مستقر است عمل می‌شود، زیرا غالباً شرط‌ها بر اساس عرف واقع می‌شوند، اگر عرفی وجود نداشته باشد به طور مساوی مصرف می‌گردد.

اگر واقف شرط نماید افراد خاصی از جمله ثروتمند یا فاسق از بهره‌برداری از موقوفه خارج شوند یا کسانی که دارای صفتی از جمله فقر یا صلاح باشند داخل شوند، یا دو امر را با هم شرط نماید برخی را بیرون و برخی را داخل کند؛ مثل این است که استحقاق را معلق به صفتی کرده است.

بدون اختلاف اگر شرط کند هرگاه دلش خواست موقوفه را بفروشد یا ببخشد یا از آن رجوع کند، هم شرط و هم وقف صحیح نخواهد بود، زیرا منافی مقتضای وقف می‌باشد.

اگر واقف شرط کند هرکه را او بخواهد از میان اهل وقف خارج کند و هرکه بخواهد داخل کند، وقف او صحیح نخواهد بود، زیرا شرط او منافی با مقتضای وقف است و آن را فاسد می‌کند، چنان‌که شرط نماید موقوف‌علیه از موقوفه بهره‌برداری ننماید.

اگر قبرستان، کاروانسرا یا مدرسه‌ای را خاص نماید، یا امامت و خطابت آن را مختص اهل شهری بگرداند یا مختص به مذهبی از قبیل حنابله، یا قبیله‌ای بگرداند، چنان‌که شافعیه گفته‌اند با عمل به شرط اختصاص می‌یابد مگر این‌که آن را به اهل بدعتی اختصاص دهد، یا شرط نماید که از آن بهره‌برداری نشود یا مرتکب خیر استحقاق آن را نداشته باشد.

اما در وقف امرا وسلاطین به شرط آنان عمل نمی‌شود مگر این‌که در آن مصلحتی برای مساکین باشد، مانند مدرسی این‌چنین یا طالبی این چنین.

و خلاصه این‌که: مذاهب بر وجوب عمل به شرط واقف همانند عمل به نص اتفاق نظر دارند. و بعضی از فقها گفته‌اند: نصوص واقف همانند نصوص شارع می‌باشد البته در فهم و دلالت کردن، نه در وجوب عمل به آن. واین منافی با مبدأ مقرر می‌باشدکه واقف، موصِی، سوگند یاد کننده، نذرکننده و هر عاقد دیگری گفته‌ی او حمل بر عادت در خطاب او کرده می‌شود.

مبحث دوّم: شروط موقوف [چیزی که وقف می‌گردد]:

فقها بر این شرط که موقوفه باید مالی باشد دارای قیمت، معلوم و مملوک واقف با ملکیتی تام که خیاری در آن برای کسی نباشد اتفاق نظر دارند.

به خاطر تنوع شروط موقوفه در هر مذهب بهتر است به صورت جداگانه در هر مذهب توضیح داده شود.

احناف[۱] گفته‌اند: در موقوفه چهار چیز شرط است:

۱. آنچه که وقف می‌گردد باید مالی دارای قیمت و غیر منقول باشد: پس وقف کردن چیزی که مال نباشد از قبیل منافع به تنهایی بدون عین و مانند حقوق مالی از قبیل حقوق ارتفاقی صحیح نمی‌باشد، زیرا از دیدگاه آنان حق مال محسوب نمی‌گردد.

و شرعاً وقف چیزی که بهره‌برداری از آن صحیح نباشد از قبیل مُسکرات و کتاب‌های گمراه کننده صحیح نیست و با وقف کردن چنین چیزهایی مقصود از وقف که منافع موقوف‌علیه و دست‌یابی به پاداش اخروی برای واقف است، حاصل نمی‌گردد.

وقف کردن اموال منقول که مقصود تنها آن باشد صحیح نیست؛ زیرا همیشگی بودن شرط وقف است و منقول برای همیشه دوام نمی‌یابد زیرا در شرف هلاک قرار دارد. اما وقف منقول به تبع مال غیر منقول صحیح است، مانند وقف کردن حقوق ارتفاقی از قبیل حق شرب، مسیر آب رسانی و راه به تبعیت از زمین. با استناد به قاعده استحسان وقف آن‌چه که عادت بر وقف آن جاری است از قبیل وقف کتاب و وسایل و ادوات تهجیز میّت صحیح است. وقف کردن کلنگ و تبر برای کندن قبر صحیح است، زیرا مردم چنین کارهایی را انجام داده و عرف بر آن جاری شده است و هر آنچه را که مردم نیکو ببینند نزد خداوند هم نیکوست.

از دیدگاه احناف وقف کردن اسب‌ها و اسلحه‌ها فی سبیل الله صحیح نیست، زیرا از جمله‌ی اموال منقول می‌باشند و عادت بر آن جاری نشده است، اما از دیدگاه دو شاگرد او جایز است، و از دیدگاه دو شاگرد او جایز است هر آنچه از اموال موقوفه که کهنه یا پیر شده یا به مرحله‌ای رسیده باشد که بهره‌برداری از آن ممکن نباشد، فروخته شده و با قیمتش مثل آن خریداری گردد، به دلیل حدیث گذشته ((اما خالد فقد احتبس اکراعاً و افراساً فی سبیل الله)) خالد اسب‌هایی را در راه خداوند وقف کرده است.

۲. آن‌چه که وقف می‌گردد معلوم باشد: یا با تعیین مقدار آن مانند وقف کردن هزار متر مربع زمین، یا با تعیین نسبت آن با معین از قبیل نصف زمین او در فلان محله. بنابراین وقف مجهول جایز نیست، زیرا جهالت سر به نزاع و اختلاف می‌کشد.

---

[۱]. البدایع: ۶/ ۲۲۰، الدر المختار و ردالمحتار: ۳/ ۳۹۳، ۳۹۵.

از دیدگاه احناف محدود و مشخص کردن مال غیر منقول شرط نمی‌باشد، اما از نظر قانون کشور مصر تعیین کردن حدود و طول و عرض آن شرط است.

۳. مالی که وقف می‌شود باید هنگام وقف در ملکیت تام واقف قرار داشته باشد: یعنی مالی باشد که شخص دیگری حق خیار در آن نداشته باشد، زیرا وقف ساقط نمودن ملک است، واجب است مالی که وقف می‌شود مملوک شخص واقف باشد. کسی که چیزی را به شرط خیار تا سه روز برای فروشنده خریداری کند سپس در مدت این سه روز آن را وقف کند، وقف او صحیح نخواهد بود، زیرا هنوز در ملکیت تام او قرار نگرفته است، زیرا این بیع واجب نگریده است.

٤. مالی که وقف می‌شود مشخص و جدا شده باشد، در صورت قابلیت تقسیم در میان مال دیگری پراکنده نباشد، زیرا تسلیم موقوف از دیدگاه محمد شرط جواز وقف نمی‌باشد، و پراکنده بودن آن مانع قبض و تسلیم است.

ابویوسف و شافعیه و حنابله این مورد را شرط ننموده‌اند، لذا وقف ملک مشترک را جایز دانسته‌اند، زیرا تسلیم را اصلاً شرط ندانسته‌اند، به دلیل این‌که عمرﷺ صد سهم در خیبر را وقف نمود.

اما قانون کشور مصر در ماده شماره (٤٨) مصوبه سال :١٩٤٦ به رأی ابویوسف در جواز وقف ملک مشترکی که قابل تقسیم باشد بر موردی خیریه از قبیل بیمارستان یا مدرسه، عمل کرده است، زیرا در صورت نزاع و اختلاف می‌توان بر تقسیم و تعیین آن حکم صادر نمود.

و این قانون در عدم صحت وقف سهم تقسیم نشده برای مسجد یا قبرستان مبتنی بر رأی امام ابوحنیفه و دو شاگرد او می‌باشد، زیرا پراکندگی آن مانع خالص شدن آن برای خداوند می‌باشد و آن را در معرض تغییر جهت بهره‌برداری از آن می‌نماید، که به مغازه یا زمینی کشاورزی و امثال آن تبدیل شود و آن هم شرعاً جایز نیست.

و در ماده[1] (٨) در عدم جواز وقف سهم پراکنده در موردی که قابل تقسیم نباشد به رأی مالکیه عمل کرده است، زیرا پراکندگی موقوفه در میان چیز دیگر مانع بهره‌برداری از آن می‌گردد و گاهی سبب نزاع و اختلاف می‌شود، اما قانون سه حالت را استثنا کرده و در این سه حالت وقف کردن سهم پراکنده در میان مالی که قابل تقسیم نباشد را جایز دانسته است:

---

۱. الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۷، ۱۰۹، ۱۱۶.

نخست: غیر از سهمی که تازه وقف شده سهم‌های دیگر هم موقوفه باشند و جهت وقف همه یکی باشد.

دوّم: سهم پراکنده‌ای که وقف می‌گردد جزئی از عینی باشد که برای منافع موقوفه اختصاص داده شده باشد مانند آبکشی که وقف زمین‌های موقوفه شده باشد.

سوم: سهم پراکنده یک سهم یا چند سهم در شرکتی مالی باشد، مشروط بر این‌که آن شرکت اموری جایز از نظرشرع از قبیل صنعت، زراعت یا کشاورزی فعالیت نماید، در صورتی که در مواردیحرام مانند تجارت‌های ربوی فعالیت داشته باشد، وقف کردن سهم‌هایی از آن صحیح نمی‌باشد.[1]

مالکیه[2] در مال وقف شده شرط نموده‌اند که: مملوک باشد و حق دیگری به آن تعلق نگیرد، در صورت قابل تقسیم نبودن مشخص باشد، مملوک شامل ذات چیز و منافع آن است چنان‌که بر چهارپایان اطلاق می‌شود، جایز است چهارپا بر مستحقین جهت بهره‌مند شدن از منافع آن از قبیل به خدمت گرفتن، سواری و یا حملِ آن وقف گردد، و نیز شامل غذا و پول نقد می‌آید و در صورت پیری، کهنه و هلاکت جایگزینی بدل آن به منزله‌ی بقای عین آن است، لکن مذهب بر جواز وقف غذا و پول نقد می‌باشد.

وقف مال در حالت رهن، و مالی که اجاره داده شده است در حال تعلق حق شخص دیگری به آن صحیح نمی‌باشد، یعنی هنگامی در رهن یا اجاره قرار دارد آن را وقف کند، زیرا وقف آن سبب ضایع شدن حق مرتهن می‌گردد. اما در صورتی که مال در حالت رهن یا اجاره داده شده را وقف نماید اما مقصود او بعد از رهایی از رهن و اجاره باشد وقف او صحیح خواهد بود، زیرا از دیدگاه مالکیه قطعی کردن شرط وقف نمی‌باشد.

شافعیه و حنابله[3] شرط نموده‌اند: مالی که وقف می‌گردد عینی معین باشد، - نه آنچه که بر ذمه‌ی او قرار دارد – مملوکی باشد که با فروش و امثال آن قابلیت انتقال را داشته باشد، و عرفاً بهره‌برداری از آن ممکن باشد هرچند سهمی از میان ملک مشترک باشد و بهره‌برداری مباح و مقصود از آن ادامه داشته باشد.

---

[1]. الوقف اثر استاد عیسوی: ص ۳۱

[2]. الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷.

[3]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷، المغنی: ۵/ ۵۸۳– ۵۸۷، کشاف القناع:۴/ ۲۶۹– ۲۷۲، غایة النتهی: ۲/ ۳۰۰

وقف کردن منفعت به تنهایی بدون ذات شیء مانند منفعت عین مستَأجَره، یا منفعت آنچه که برایش وصیت شده است صحیح نمی‌باشد، هم‌چنین وقف کردن آنچه که بر ذمه‌ی او لازم گردیده است مانند: مسکن یا لباسی را در ذمه‌ام دارم وقف کردم، هم‌چنین وقف کردن یکی از مسکن‌هایش جایز نمی‌باشد و نه آنچه که در ملکیت در آورده نمی‌شود مگر این‌که امام چیزی از اراضی بیت المال را وقف کند که آن صحیح است، و وقف کردن چیزی که قابل نقل یا فروش نباشد مانند مادر ولد و حمل، وقف آن به تنهایی جایز نیست هر چند که آزاد کردنش جایز است، انسان آزاد نمی‌تواند نفس خود را وقف کند، زیرا ذات او مملوک نیست.

وقف نمودن چیزی که فایده و منفعتی در بر نداشته باشد مانند سگ، خوک و درنده‌ای دیگر و پرنده شکاری که صلاحیت شکار را نداشته باشد جایز نیست. مقصود از فایده شیر، میوه و امثال آن می‌باشد، لیکن - چنان‌که شافعیه ذکر کرده‌اند - وقف حیوان نر برای جهیدن بر حیوان ماده جایز است اما اجاره دادن آن جایز نیست. وقف چیزی که بهره‌برداری از آن دوام نداشته باشد مانند غذا و نوشیدنی غیر از آب، شمع و ریحان جایز نمی‌باشد، زیرا منفعت غذا در استهلاک آن قرار دارد، و شمع با استفاده تلف می‌شود پس آن هم همانند خوردنی و نوشیدنی است و به دلیل این‌که بوییدنی‌ها و ریحان‌ها و امثال آن در زمانی کوتاه تلف می‌شوند پس با غذا شباهت دارند. وقف کردن چیزی که بهره‌برداری از آن مباح نباشد مانند آلات لهو و لعب جایز نیست، زیرا بهره‌برداری از آن مباح نمی‌باشد، وقف پول نقد برای زیورآلات طبق قول اصحِ منصوص جایز نمی‌باشد، زیرا این‌گونه بهره‌برداری مقصود نمی‌باشد. اما وقف آب صحیح است، وقف روغن برای مسجد برای روشن نمودن چراغ جایز است.

دریافت منفعت موقوف: یا با به دست آوردن منفعت آن از راه سکونت در مسکن، سوار شدن بر سواری، کشت کردن زمین زراعی، حاصل می‌شود یا با به دست آوردن عین آن حاصل می‌گردد مانند: به دست آوردن ثمره‌ی درخت، پشم و کرک، شیر و تخم.

صحیح است موقوفه مال غیر منقول مانند زمین یا درخت باشد، یا منقول مانند چهارپا باشد از قبیل وقف اسب بر مجاهدین، اثاثیه منزل از قبیل فرش و امثال آن برای مسجد، و اسلحه از قبیل شمشیر، رمح، تیرکمان بر مجاهدین، و یا مانند مصحف و کتاب‌های علمی و امثال آن بر طلاب.

وقف مال غیر منقول به دلیل حدیث گذشته که بیان کرد حضرت عمر صد سهم از اراضی خیبر را وقف نمود، اما صحت وقف حیوان به دلیل حدیث مرفوع ابوهریره می‌باشد که فرمود:

((مَنْ احْتَبَسَ فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ إِيمَانًا بِاللَّهِ وَتَصْدِيقًا بِوَعْدِهِ فَإِنَّ شِبَعَهُ وَ رِيَّهُ وَرَوْثَهُ وَبَوْلَهُ فِي مِيزَانِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)) هرکس اسبی را در راه خداوند وقف کند از روی ایمان بـه خداونـد و تصدیق وعد او ، بی‌گمان سیری آن، سرگین آن و ادرار آن در میزان حسنات او خواهد بود))[۱] و صحت وقف اثاثیه و اسلحه به دلیل حدیث پیامبرﷺ می‌باشد کـه فرمـود: ((و أما خالـد فقـد اِحتَبَسَ أدرُعَهُ و أعتُدَهُ فِي سبيلِ الله))[۲]، غیر از آنچه که ذکر شد بر اینها قیاس مـی‌گـردد، زیـرا دارای نفع مباح و مقصود می‌باشد، پس وقف آن ان جایز است.

و در مبحث محل وقف بیان کرده‌ام که: از دیدگاه شافعیه و حنابله وقف مال مشاع به طور مطلق و از دیدگاه مالکیه در آنچه که قابلیت تقسیم داشته باشد صحیح اسـت بـه دلیـل وقـف حضرت عمر صد سهم در خیبر، اگر بر مسجد وقف کند با مجرد گفتن وقف آن بر مسجد ثابت می‌گردد، و بعد از آن وقوف انسان‌های در حال جنابت، مست و کسی که نجاستی آلوده کننـده بر بدن او باشد صحیح نمی‌باشد، اگر قسمتی از ملکی مشترک برمسجد وقف گـردد تقسـیم آن تعیین می‌گردد، تا جهت ساخت و بهره‌برداری برای مسجد تعیین گردد.

وقف زیور آلات جهت استفاده و اعاره جایز است، به دلیل حـدیث نـافع کـه بیـان شـد حضرت حفصه زیورآلاتی را بر زنان آل خطاب وقف کرده بود.

و وقف مسکن و امثال آن هرچند حدود آن تعیین نشده باشد مشروط بـر ایـن‌کـه بـرای واقف معین باشد صحیح است.

از دیدگاه شافعیه طبق قول اصح وقف سگ آموزش دیده یا قابلیت آموزش را داشته باشد برای شکار صحیح نیست، زیرا مملوک نمی‌باشد.

و از دیدگاه حنابله وقف چهارپایان درنده و پرندگان شکاری که صلاحت شکار را داشـته باشند صحیح است، زیرا به خاطر ضرورت بهره‌برداری از آنها صحیح است.

---

۱. به روایت بخاری، ۲۶ ۴۱.

۲. متفق علیه.

مبحث سوم: شروط موقوف علیه:

موقوف‌علیه یا معین است یا غیر معین، معین یا یک تن است یا دو یا بیشتر، و غیر معین یا جهتی عام است مانند: فقرا، علما، قراء، مجاهدین، مساجد، کعبه، کاروانسراها، مدارس، حدود و تکفین مرده‌ها.

شرط وقف بر معین این است که: اهلیت تملیک را داشته باشد، اما علما در وقف بر معدوم و مجهول و بر نفس خود اختلاف نظر دارند.

احناف[1] گفته‌اند: وقف بر معلوم، یا معدوم، مسلمان و ذمی، یا مجوسی طبق قول صحیح جایز است، زیرا مجوسی هم جزو اهل ذمه می‌باشد، اما وقف مسلمان یا ذمی بر کلیسا [عبادت‌گاه یهود] یا کافر حربی صحیح نیست. عدم صحت وقف مسلمان بر کلیسا به این دلیل است که: این‌گونه وقف در ذات خود قربت نمی‌باشد، اما عدم صحت وقف ذمی بر کلیسا به دلیل این‌که از دیدگاه ما و او قربت محسوب نمی‌گردد، و عدم صحت وقف بر کافر حربی به دلیل این‌که ما از نیکی با او منع شده‌ایم. بنا بر قول مفتی به که قول ابویوسف و دیگر ائمه احناف می‌باشد وقف بر نفس واقف یا بنابر این‌که ولایت و سرپرستی با او باشد، صحیح است.

مالکیه[2] می‌گویند: وقف بر اهل تملک صحیح است، چه موجود باشند یا قرار باشد به وجود بیاید مانند جنینی که هنوز متولد نشده است، و چه قربت از آن ظاهر باشد مانند وقف بر فقرا یا ظاهر نباشد مانند این‌که موقوف‌علیه ثروتمند باشد یا وقف مسلمان بر ذمی باشد هرچند غیر کتابی باشد، و وقف بر کافر حربی یا چهارپا صحیح نمی‌باشد، بنا براین گفته از دیدگاه مالکیه وقف بر موجود و معدوم و مجهول و مسلمان و ذمی و قریب و بعید جایز است جز این‌که وقف بر کسانی که هنوز متولد نشده‌اند با مجرد عقد آن لازم نمی‌گردد بلکه لزوم آن و فراورده و عادیات آن تا زمان تولد جنین معلق خواهد بود که بعد از تولد به آن داده می‌شود مشروط بر این‌که مانعی از وجود مانند مرگ و ناامیدی از وجود آن نباشد، هنگامی که بمیرد بهره‌ی آن به مالک یا ورثه‌های او بر می‌گردد، بنابراین واقف می‌تواند قبل از ولادتِ موقوف علیه موقوفه را بفروشد.

---

[1] .الدرالمختار و ردالمحتار : ۳/ ۳۹۳، ۴۲۱، ۴۲۳، و ما بعد آن، فتح القدیر: ۵/ ۵۶، اللباب: ۲/ ۱۸۵،

[2] . الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۲ و ما بعد آن، ۱۱۶، الشرح الکبیر ۴/ ۷۷– ۸۰، القوانین الفقهیة:ص ۳۸۰.

وقف بر خود واقف باطل است، هر چند همراه با شریک غیر وارث باشد مانند: بر خود و فلانی وقف کردم، آنچه که به او اختصاص می‌یابد باطل است، هم‌چنین آنچه که به شریک او اختصاص می‌یابد مگر این‌که شریک قبل از به وجود آمدن مانع آن را به دست آورد، اگر بر نفس خود سپس بر اولاد و اعقاب خود وقف کند بعد از مرگ او محبوس بر نسل او خواهد بود مشروط بر این‌که قبل از بوجود آمدن مانع، آن را به دست آورند، در غیر این صورت باطل خواهد بود، یعنی وقف بر نفس باطل خواهد بود، اما وقف بر غیر او صحیح واقع می‌شود، چه وقف بر نفس او مقدم یا مؤخر یا متوسط باشد، مانند این‌که بگوید: بر نفس خود وقف کردم سپس بر فرزندان خود، یا بگوید بر زید سپس بر نفس خود وقف کردم، یا بگوید بر زید سپس بر نفس خود سپس بر عمرو وقف کردم. این وقف مشروط بر این صحیح است که در حال صحت و سلامتی خود وقف کرده باشد، اگر در حالت بیماری وقف کند، وقف او از یک سوم ترکه صحت پیدا می‌کند.

شافعیه[۱] روشن‌تر نموده و گفته‌اند: در وقف بر معین شرط است که امکان تملیک آن در حال وقف بر او وجود داشته باشد این‌که هنگام وقف موجود باشد، وقف بر معدوم از جمله جنین صحیح نیست زیرا فی الحال قابلیت تملک موقوفه را ندارد، چه مقصود از وقف تنها او باشد یا به تبعیت از مادر باشد، اگر چند فرزند و جنینی در هنگام وقف داشته باشد جنین داخل در موقوف علیه نمی‌شود، و وقف بر فرزند خود در حالی که فرزندی نداشته باشد، یا وقف بر فرزند فقیرش در حالی که فقیری در میان آنان نباشد صحیح نمی‌باشد، وقف بر مجهول مانند وقف بر مردی غیر معین صحیح نمی‌باشد، یا وقف بر کسی که فلانی انتخاب کند، زیرا وقف تملیک قطعی می‌باشد، پس همانند بیع و هبه‌ی مجهول، وقف بر آن هم صحیح نمی‌باشد.

وقف بر خود عبد صحیح نیست، زیرا شایستکی احراز ملک را ندارد، اما در صورتی که وقف بر عبد به طور مطلق ذکر شود، وقف بر سید او خواهد بود چنان که در هبه و وصیت این حالت را دارد. اگر مطلق وقف بر چهارپا نماید یا مقید به علف آن بنماید، وقف بر آن لغو است زیرا اهلیت احراز ملک را ندارد چنان‌که هبه و وصیت برای آن صحیح نمی‌باشد.

بر اساس قول صحیح وقف بر نفس خود یا بر شخص مرتد یا حربی صحیح نمی‌باشد، به خاطر این‌که نمی‌تواند ملک خود را دوباره در ملکیت خود در آورد، زیرا ملک برای او حاصل

[۱]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۹ و ما بعد آن، المهذب: ۱/ ۳۸۰.

است و تحصیل حاصل محال است، و به دلیل این‌که شخص مرتد و کافرحربی در معرض کشته شدن قرار دارند و زندگی او دوام ندارد، و وقف صدقه‌ای جاریه است، چنان‌که چیزی که دوام همیشگی نداشته باشد، وقف بر کسانی نیز که دوام نداشته باشند صحیح نیست، یعنی با کفر او دوامش قطعی نیست. به طور قطع وقف بر کفار حربی و مرتدین صحیح نمی‌باشد، زیرا جهت معصیت است چنان‌که بیان خواهم نمود. و جایز است واقف سرپرستی و ولایت بر موقوفه را برای خود شرط کند.

وقف مسلمان یا ذمی همانند صدقه مستحب بر شخص ذمی صحیح است، زیرا او محل قربت است، اما در صحت وقف بر او شرط است که قصد معصیت در آن نمایان نباشد. اگر بگوید: بر خدمتکار کنیسه وقف نمودم صحیح نمی‌باشد، چنان‌که بر فرش و حصیرهای آن وقف کند، و موقوف‌علیه از جمله مواردی باشد که احراز ملک برای او ممکن باشد. لذا وقف مصحف و کتابهای علم شرعی ممتنع است. حکم جماعت معین از میان اهل ذمه همانند یک تن می‌باشد.

شخص مُعاهَد و مستأمَن در چند مورد همانند ذمی می‌باشند تا زمانی که در میان ما زندگی کنند، اما هنگامی که به دارالحرب برگردند، بر کسان دیگری که بعد از او قرار دارند مصرف می‌شود، چنان‌که عایدات وقف بعد از ذمی موقوف‌علیه هنگامی که به دارالحرب ملحق شود، بر کسان دیگری بعد از او مصرف می‌گردد.

و مذهب حنابله[1] به طور اجمال همانند مذهب شافعی است: شرط نموده‌اند که بر کسی وقف کند که بتواند مالک آن شود، و باید موقوف‌علیه معلوم و موجود باشد، وقف برکسانی که نتوانند مالک شود مانند عبد به طور مطلق، و میّت، و حملی که حقیقتاً در شکم باشد، و وقف بر فرشتگان و اجنه و شیاطین، جایز نیست، زیرا آنان نمی‌توانند مالک شوند، و برده‌ای که خالص برده باشد، نمی‌تواند مالک چیزی شود که ملکیت آن برایش لازم گردد، و عبد مُکاتَب هرچند که می‌تواند مالک شود اما ملک او ضعیف و استقرار نیافته است. و جز از راه ارث و وصیت چیزی برای جنینی که هنوز به صورت حمل است ثابت نمی‌شود، اما وقف بر حمل به تبعیت از غیر آن صحیح است، مانند این‌که بگوید: بر فرزندان خود وقف کردم یا بر فرزندان فلانی وقف نمودم و در میان آن فرزندان فرزندی باشد که هنوز حمل است و متولد نشده است، در این صورت وقف شامل او نیز می‌گردد.

---

[1]. کشاف القناع: ۴/ ۲۷۴- ۲۷۷ ، المغنی: ۵/ ۵۵۰ و ما بعد ان، ۵۷۰، ۵۸۵، ۵۸۹.

وقف بر شخص مرتد و حربی جایز نیست، زیرا اموال آنان در اصل برای مسلمانان مباح است و جایز است اموال آنان را با زور و غلبه در صورت وقوع جنگ گرفته شود، پس آنچه که از نو برایشان تجدید شده و حاصل می‌شود شایسته‌تر است به گرفتن، جایز نیست وقف در مسیری باشد که گرفتن آن مباح باشد، زیرا وقف محبوس کردن اصل مال است.

وقف بر مجهول جایز نیست، مانند وقف بر مردی، بر مسجدی، و امثال آن، یا وقف بر یکی از این دو مرد، یا یکی از این دو مسجد، زیرا در این صورت وقف متردد و مشکوک است.

و وقف بر چیزی که در اصل معدم است جایز نیست، مانند این‌که بگوید: بر فرزندانی که برایم متولد خواهند شد وقف نمودم، بر فرزندانی که برای فلانی متولد خواهند شد، یا بر کسانی که برای من و فلانی متولد خواهند شد، زیرا صحیح نیست چیزی را در ملکیت معدوم در آورد. و وقف بر معدوم به تبعیت از موجودی دیگر جایز است، مانند این‌که بگوید: بر فرزندانم و کسانی که متولد خواهند شد وقف کردم، یا بر فرزندان زید و کسانی که متولد خواهند شد، این مورد بر خلاف باور علمای شافعی مذهب است.

وقف بر چهارپا صحیح نمی‌باشد، زیرا اهل برای مالک شدن نمی‌باشد.

وقف بر ذمی یا اهل ذمه جایز است، زیرا آنان مالک می‌شوند با ملک محترم، و جایز است بر آنان صدقه دهد، پس وقف بر آنان همانند وقف بر مسلمانان صحیح است، و دلیل جواز وقف مسلمان بر ذمی روایتی است که صفیه بنت حیی زوجه‌ی پیامبرﷺ بر برادر خویش که یهودی بود وقف نمود، زیرا کسی که وقف او بر مسلمان جایز باشد، وقف مسلمان نیز بر او جایز است. اگر بر کسانی وقف کند که در کنیسه‌ها سکونت می‌نمایند، صحیح است، زیرا وقف بر آنان است نه بر محل و جایگاهی که در آن قرار دارند.

وقف بر خود باطل است، زیرا کسی که چیزی را وقف کند به صورت وقف صحیح، جمیع منافع آن برای موقوف‌علیه ثابت می‌شود، و ملکیت و منافع آن ملک از او زایل می‌شود و برای او جایی نیست از آن بهره‌برداری نماید، زیرا وقف تملیک ذات یا منفعت موقوفه می‌باشد و هر دو برای مالک صحیح نمی‌باشند، زیرا برای او جایز نیست چیزی را که در ملکیت او قرار دارد دوباره در ملکیت خویش در آورد، و مانند فروختن مال خود به خود می‌باشد. اگر بر خود سپس بر فرزندان خود وقف کند، وقف فی الحال به فرزندان بعد از او تعلق می‌گیرد. اما برای

واقف در صورتی که بر غیر خود وقف کند مانند این‌که بر انسانی وقف کرده باشد یا مسجدی در حالات آتی می‌تواند از آن استفاده نماید:

۱. چیزی را برای مسلمانان وقف کرده باشد، او هم در جمله‌ی مسلمانان داخل می‌شود، مانند مسجدی را وقف کند، او هم می‌تواند در آن نماز بخواهند، یا قبرستانی را وقف کند، می‌تواند در آن دفن شود، یا چاهی را برای مسلمانان وقف کند، می‌تواند از آن آب بنوشد، یا آبیاری یا چیزی که همه مسلمانان را در بربگیرد، او هم همانند یکی از آنان محسوب می‌گردد، که در این مورد خلاف وجود ندارد، حضرت عثمانؓ که چاه رومة را در راه خدا وقف نمود و او هم همانند دیگر مسلمانان از آب آن استفاده می‌نمود.

۲. واقف شرط نماید که از آن وقف بر خود انفاق کند، به دلیل روایت احمد از حِجر المدری که در صدقه‌ی پیامبرﷺ چنین آمده بود که اهل او به طور شایسته و نیکو از آن بهره‌مند شوند. حضرت عمرؓ هنگامی که وقف نمود گفت: گناهی نیست بر آنان که نگهداری آن را بر عهده می‌گیرند از آن بخورند یا به دوستی دهند که توانگر نباشد، و موقوفه‌ی او زمانی که زنده بود در اختیار او بود، و به دلیل این‌که هرگاه در مسیری عمومی آن را وقف نماید مانند مساجد،سقاخانه‌ها، کاروانسراها و قبرستان‌ها، خود نیز می‌تواند از آن بهره‌مند شود، هم‌چنین در این مورد.

بین این‌که برای خود شرط نماید که در طول حیاتش از آن بهره‌مند شود یا در مدتی معلوم، و چه مقدار آنچه که می‌خورد تعیین نماید یا مطلق ذکر کند، زیرا حضرت عمرؓ مقداری را که نگهبانان و محافظان از آن بهره‌مند شوند تعیین ننمود جز با این کلمه‌ی ((بالمعروف)) به طور شایسته.

مالک، شافعی و محمدبن حسن بهره‌برداری واقف از موقوفه‌ی خویش را جایز ندانسته‌اند، زیرا وقف ازاله‌ی ملک است، پس همانند هبه و بیع نمی‌تواند شرط نماید خود از آن بهره‌مند شود، مانند این مورد است که برده‌ای را آزاد کند به شرط این‌که در خدمت او باشد، و به دلیل این‌که آنچه بر خود انفاق می‌کند مجهول است، پس شرط نمودن آن صحیح نمی‌باشد، و این مورد چنان است که چیزی را بفروشد و شرط نماید خود نیز از آن بهره‌مند شود.

۳. واقف شرط نماید که اهل او از وقف برخوردار شوند، در این صورت وقف و شرط هردو جایز هستند، زیرا پیامبرﷺ در صدقه‌ی خود این شرط را گرفته بود.

و اگر شرط نماید که محافظ و نگهبان او از آن برخوردار شوند و آن را به دوستی اطعام نماید، جایز است، زیرا عمرﷺ در صدقه‌ای که با پیامبرﷺ مشورت نمود چنین شرطی را گرفته بود.

اگر واقف خود سرپرستی و محافظت از آن را به عهده بگیرد، می‌تواند از آن استفاده نموده و یا آن را به دوستی اطعام دهد، زیرا عمرﷺ خود سرپرستی وقف خود را برعهده گرفت.

اگر یکی از اهل او سرپرستی آن را برعهده بگیرد جایز است، زیرا حفصه دختر حضرت عمر بعد از وفات پدرش سرپرستی صدقه‌ی او را برعهده گرفت. سپس بعد از او عبدالله بن عمر بر عهده گرفت.

شروط جهت موقوف علیه: در موقوف‌علیه غیر معین شروط تالی در نظر گرفته می‌شوند:[1]

شرط اول: معلوم باشد و جهت خیر و نیکی باشد که انفاق بر آن قربت الی الله محسوب گردد: این شرط تنها در ارتباط با انسان مسلمان مورد اتفاق است، این‌که موقوف‌علیه در ذات خود قربت باشد، و جهت وقف حکماً مالک موقوفه می‌گردد.

بر: نام جامعی است برای نیکی، و اصل آن بر اطاعت و فرمانبرداری از خداوند است، مقصود این است که در واگذاری آن به موقوف‌علیه معنی قربت الی الله در نظر گرفته شود، زیرا وقف جهت قربت الی الله و صدقه می‌باشد، پس باید در موردی که به خاطر آن وقف می‌گردد این معنی وجود داشته باشد، زیرا مقصود از وقف این است. مانند وقف بر فقرا، علما و اقربه‌ها، یا وقف بر مساجد و مدارس، بیمارستان‌ها، پناهگاه‌ها، و حج و جهاد و نوشتن فقه و قرآن سقاخانه‌ها، پل‌ها و اصلاح راه‌ها. علمای تحناف گفته‌اند: وقف لباس بر فقرا صحیح است و در فصل زمستان به آنان داده می‌شود سپس بعد از سپری شدن فصل سرما آن را باز پس می‌دهند. اگر مصحفی را بر قاریان مسجدی وقف کند مشروط بر این‌که تعدادشان مشخص باشد صحیح است و در این مورد ثروتمندان و فقرا مساوی هستند. اگر بر مسجد وقف کند، جایز است و محدود به تعدادی نمی‌باشد و نقل آن از یک مسجد به مسجدی دیگر صحیح است چنان‌که کتاب‌های اوقاف از محلی به محلی دیگر جهت استفاده صحیح است. وقف بر طلبه‌های علوم

[1]. الدر المختار و ردالمحتار: ۳/ ۳۹۱، ۳۹۴ و ما بعد آن، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷ و ما بعد آن، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۲ و ما بعد ان، ۱۱۶، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۸۰، و ما بعد آن، المهذب: ۱/ ۴۴۱، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۲ و ما بعد آن، المغنی: ۵/ ۵۸۷ و ما بعد آن.

دین صحیح است، زیرا غالب طلاب علوم دینی فقرا هستند. از دیدگاه احناف وقف بر ثروتمندان به تنهایی صحیح نیست، زیرا وقف بر آنان قربت الی‌الله محسوب نمی‌شود.

وقف بر ثروتمندان:

طبق قول اصح از دیدگاه علمای شافعیه وقف بر جهتی که معنی قربت در آن آشکار نباشد مانند وقف بر ثروتمندان و اهل ذمه و فاسقان صحیح است، با توجه به این‌که وقف تملیک است، و وقف همه قربت محسوب می‌گردد. به اتفاق فقها وقف بر اهل ذمه صحیح است، و به دلیل این‌که صدقه برای ثروتمندان جایز است، حد فقر و غنا بر حسب برنامه‌ی مقرر در زکات می‌باشد، کسی که پرداخت زکات به او صحیح باشد، وقف بر او نیز جایز خواهد بود، و کسی که زکات برایش جایز نباشد وقف هم بر او جایز نمی‌باشد. ثروتمند به کسی گفته می‌شود که زکات برای او حرام باشد، یا به خاطر ملکی که دارد یا به خاطر توانایی و کسب او، یا به خاطر کفایت او به نفقه کسی دیگر.

و از دیدگاه مالکیه وقف بر ثروتمندان جایز است، چنان که شافعیه ذکر کرده‌اند.

و از دیدگاه حنابله وقف بر موردی مباح مانند وقف بر شعر مباح و وقف بر مکروه مانند آموزش منطق جایز نیست، زیرا معنی قربت در آن نمی‌باشد، و چنان‌که خواهد آمد وقف بر ثروتمندان هم جایز نمی‌باشد.

به اتفاق فقها وقف مسلمان بر گناه از جمله مجالس قمار، محل لهو و لعب و جمعیات الحاد و گمراهی صحیح نمی‌باشد، زیرا چنین مواردی از دیدگاه اسلام قربت محسوب نمی‌شود. در کتاب‌های مذاهب مثالهای دیگری برای مورد معصیت آورده شده است.

از دیدگاه احناف وقف مسلمان بر کنیسه و دیگر عبادت‌گاه‌های کفار به خاطر عدم قربت آن صحیح نمی‌باشد.

و طبق مذهب مالکیه وقف بر کنیسه یا پرداخت عایدات وقف بر تهیه خمر یا حشیش یا خرید اسلحه غیر مجاز صحیح نمی‌باشد، وقف بر کشیدن سیگار باطل است هرچند که [بعضی‌ها] کشیدن آن را جایز دانسته باشند.

از دیدگاه شافعیه وقف مسلمان یا ذمی در جهت معصیت یا موردی که مایه قربت الی‌الله نباشد از قبیل تعمیر و ترمیم کنیسه و امثال آن از عبادت‌گاه‌های کفار برای عبادت در آن یا تهیه فرش برای آن یا روشن کردن چراغ یا کمک به خادمان آن، یا کتاب تورات و انجیل، یا تهیه

اسلحه برای قطاع الطریق، یا برای کسانی که از دین مرتد می‌شوند، جایز نیست زیرا کمک به گناه است، و مقصود از وقف قربت الی‌الله می‌باشد، لذا هردو متضاد هستند.

اما کنیسه‌هایی که برای استراحت مسافران اختصاص داده شده‌اند وقف بر آن به این جهت جایز است.

از دیدگاه حنابله وقف مسلمان و ذمی بر کنیسه‌ها و آتشکده‌ها، صومعه‌ها و دیرها و جهت مصالح آنها از قبیل چراغ و فرش و وسایل گرمازا و خدمت‌کاران آن جایز نیست، زیرا – چنان‌که شافعیه گفته‌اند – کمک به معصیت می‌باشد. امام می‌تواند بر همه وقف‌هایی که در این موارد وقف شده‌اند دست یابد و آن را در جهات قربت الی‌الله قرار دهد، این مشروط بر این است که ورثه‌های واقف مشخص نباشند و در غیر این صورت برای ورثه‌ها خواهد بود، وقف بر کسانی که در کنیسه‌ها و دیرها و امثال آن فرود می‌آیند صحیح است یا وقف بر کسانی که از کنار آن گذر می‌کنند از میان اهل ذمه.

و از دیدگاه آنان چنان که شافعیه گفته‌اند وقف بر نوشتن تورات و انجیل صحیح نیست، هر چند وقف از جانب شخص ذمی باشد، زیرا این کتاب‌ها دچار تبدیل و تحریف شده‌اند، و از طرق زیاد روایت شده است که پیامبرﷺ هنگامی که حضرت عمر را دید که صحیفه‌ای از تورات در دست دارد، خشمگین شد. و هم‌چنین وقف بر کتاب‌های بدعت جایز نیست.

وقف کردن پرده‌ها هرچند حریر هم نباشد برای غیر کعبه مانند وقف آن بر ضریحها صحیح نیست زیرا قربت نمی‌باشد.

در تمام آنچه ذکر شد وصیت همانند وقف می‌باشد، در مواردی که وقف جایز باشد، وصیت هم جایز است.

از دیدگاه آنان وقف بر طائفه‌ای ثروتمند و قطاع الطریق و فسقه‌ها و آوازخوانان جایز نیست، هم‌چنین جهت روشن کردن چراغ یا بخور دادن بر قبر، یا وقف بر کسانی که در کنار قبرها توقف می‌کنند یا خدمت می‌نمایند یا جهت زیارت آن به سفر می‌روند جایز نیست، زیرا این موارد از جمله‌ی نیکی نمی‌باشد.

هم‌چنین وقف بر ساختن مسجدی بر روی قبر و وقف نمودن منزلی که قبری در آن قرار دارد برای مسجد صحیح نمی‌باشد. به دلیل روایت ابن عباس‌ﷺ که پیامبرﷺ فرمود: ((لَعَنَ اللهُ

زائراتِ القبورِ، والمُتَّخِذِينَ عَلَيها المَساجِدَ والسُّرُجَ))[1]: خداوند زنانی را که به زیارت قبور می‌روند و کسانی را که بر روی قبر مسجد می‌سازند و یا چراغ روشن می‌کنند، لعنت کرده است.

وقف بر تزیین مسجد و ساخت بارگاه بر قبر جایز نمی‌باشد، زیرا ضایع کردن مال و تلفق کردن آن موردی بی فایده می‌باشد.

وقف غیر مسلمان: فقهای ما بر بطلان وقف غیر مسلمان بر مورد معصیت که در دین اسلام قربت الی‌الله محسوب نمی‌شود از قبیل رقاص‌خانه‌ها و مجالس قمار جایز نمی‌باشد.

اما در ارتباط با وقف بر مواردی که دیدگاه ادیان در ارتباط با آن متفاوت است، اختلاف نظر دارند.[2]

احناف گفته‌اند: در وقف ذمی شرط است که موقوف‌علیه از دیدگاه ما و آنان قربت باشد، یعنی در نظر اسلام و اعتقاد واقف با هم، مانند وقف بر فقرا یا مسجد قدس، زیرا وقف بر فقرا و مسجد الاقصی هم از دیدگاه اسلام و هم از دیدگاه ادیان دیگر قربت محسوب می‌شود. اما وقف غیر مسلمان بر مسجد صحیح نمی‌باشد، زیرا هرچند از دیدگاه اسلام قربت است اما از دیدگاه او قربت نیست.

هم‌چنین وقف غیر مسلمان ذمی بر کنیسه و دیر غیر صحیح است، زیرا هرچند از دیدگاه واقف قربت باشد اما از دیدگاه اسلام قربت نیست.

ابن رشد مالکی گفته است: هرگاه شخص ذمی چیزی را بر کنیسه‌ای وقف کند، اگر وقف بر مرمت و اصلاح آن نموده باشد، یا وقف بر زخمی‌ها و بیمارانی که در آن استقرار یافته‌اند باشد، چنین وقفی صحیح و معمول می‌باشد. هرگاه در ارتباط با وقف قضاوت راپیش ما آوردند حاکم مطابق احکام اسلام بین آنان قضاوت می‌کند. اگر وقف بر عبادت‌کنندگان کنیسه‌ها باشد، به بطلان آن حکم می‌شود، بنابراین اعتقاد واقف در حالات جواز معتبر است.

سخن مورد اعتماد نزد مالکیه گفته‌ی ابن رشد می‌باشد: که به اعتقاد او وقف ذمی بر کنیسه به طور مطلق، و وقف کافر بر مسجد و کاروانسرا و مدرسه - که در اسلام قربت

---

[1]. به تخریج ابوداود و نسائی و ترمذی.

[2]. ردالمختار: ۳/ ۳۹۴، الشرح الکبیر و حاشیة الدسوقی: ۴/ ۷۸، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۱۸، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۸۰، المغنی: ۵/ ۵۸۸، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۳.

محسوب می‌گردد- باطل است. پس آنچه که معتبر است این است که وقف باید بر جهتی خیریه از دیدگاه ما و آنان باشد چنان‌که احناف گفته‌اند.

و شافعیه و حنابله گفته‌اند: معتبر این است که آن وقف از دیدگاه اسلام قربت باشد، چه در اعتقاد وقف کننده قربت باشد یا نه.

وقف کافر بر مسجد صحیح است، زیرا از دیدگاه اسلام قربت است و وقف او بر کنیسه یا آتشکده و امثال آن جایز نیست، زیرا از دیدگاه اسلام قربت نمی‌باشد.

قانون مصر ماده (۷) مبتنی بر مذهب حنفی و گفته‌ی بعضی از مالکیه می‌باشد، و تصریح کرده است که وقف غیر مسلمان صحیح است، مشروط بر این‌که بر موردی حرام در شریعت او و شریعت اسلام نباشد.

شرط دوم: شرطی که ابوحنیفه و محمد ذکر کرده‌اند[۱]: انتهای وقف اهلی را بر موردی قرار دهد که برای همیشه منقطع نمی‌گردد، در صورتی که انتهای آن را ذکر ننماید از دیدگاه این دو امام جایز نمی‌باشد، زیرا همیشه بودن و ابدیت شرط جواز وقف است. و نام بردن موردی که منقطع می‌گردد تعیین وقت برای آن است پس مانع جواز آن می‌شود زیرا آنگاه وقف بر مجهول خواهد بود، و وقف بر مجهول صحیح نمی‌باشد، چنان‌که در ابتدا بر مجهولی وقف نماید.

ابویوسف گفته است: این مورد شرط نیست، بلکه وقف صحیح است هرچند موردی را نام برده باشد که منقطع گردد، و بعد از آن مورد برای فقرا خواهد بود هرچند آنان را نام نبرده است، پس تسمیه این شرط دلالتاً و ضمناً ثابت است، و آنچه که با دلالت ثابت می‌شود همانند چیزی است که با نص ثابت شده است.

جمهور فقها جز احناف به گفته‌ی ابویوسف عمل کرده‌اند، اما مالکیه ابدیت را شرط ننموده‌اند، و گفته‌اند: اگر وقف ابدی بر موردی منقطع گردد، با انقطاع موردی که بر آن وقف شده است، وقف به نزدیک‌ترین فقراء عصبه‌ی وقف بر می‌گردد، و مذکر و مؤنث در آن مساوی خواهند بود و در صورتی که واقف شرط کرده باشد برای ذکور دوبرابر اناث باشد، پسر بر پسرِ پسر مقدم داشته می‌شود سپس به پدر، سپس به برادر سپس به جد، سپس به عمو و پسر عمو داده می‌شود، در صورتی که همه این‌ها موجود نباشند، بنابر قول مشهور برای فقرا خواهد بود.

---

[۱]. البدایع: ۶/ ۲۲۰، الدر المختار: ۳/ ۳۹۹ – ۴۰۰، الکتاب مع اللباب : ۲/ ۱۸۲.

و علمای شافعیه نیز در این مورد دو قول دارند که صاحب مهذب این قول را صحیح دانسته است که اگر واقف به صورت مطلق وقف نماید و جهت آن را تعیین نکند، وقف او صحیح واقع می‌شود، زیرا وقف عبارت از ازاله‌ی ملک از ملکیت خویش به طور مطلق همانند قربانی. اما قول اظهر از دیدگاه شافعیه این است وقف بدون بیان مصرف آن صحیح واقع نمی‌شود چنان‌که در بیان شروط صیغه خواهد آمد.

اما در صورتی که مسیر وقف را تعیین کند، باید بر سبیلی باشد که منقطع نمی‌گردد یا منقرض نمی‌شود، مانند: فقراء، مجاهدین، طالبان علم و امثال آن.

و حنابله گفته‌اند: اگر انتهای وقف معلوم نباشد، مانند این‌که بر قومی وقف کند که انقراض آن به حکم عادت جایز باشد، و در آخر آن را برای مساکین یا جهتی غیر منقطع قرار ندهد، وقف صحیح واقع می‌شود، زیرا تصرفی است که مصرف آن معلوم می‌شود، چنان‌که به مصرف متصل آن تصریح نماید، و اطلاق مادامی که عرف و عادتی برای آن باشد بر آن حمل می‌گردد مانند نقد شهری و عرف مصرف آن.

شافعیه و حنابله با رأی سابق متفقند که موقوفه هنگام انقراض موقوف‌علیه بر نزدیک‌ترین مردم نسبت به واقف مصرف می‌گردد، زیرا مقتضای وقف دریافت پاداش برای همیشه است، ابتدا بر مورد نام برده شده مطابق شرط او حمل می‌گردد و در مواردی که مصرف آن را نام نبرده باشد بر مقتضای آن حمل می‌گردد و چنان می‌گردد که وقف مُؤبد است. قول اصح از دیدگاه شافعیه این است که مصرف وقف وجوباً به فقرائی که قرابت نسبی با واقف دارند اختصاص می‌یابد نه کسانی که قرابت ارثی دارند. مثلاً پسر دختر بر پسر عمو مقدم است.

دلیل این حکم این است که پیامبرﷺ فرمود: ((لا صدقة و ذو رحم محتاج))[1] صدقه شخص در صورتی که فامیل نزدیک او محتاج باشد قبول نمی‌شود. و حدیث سلمان بن عامر از

---

[1]. این حدیث جزئی از حدیث طولانی است که از ابوهریره روایت گردیده، طبرانی در الاوسط روایت نموده است، و در آن آمده است: ((یا امَّة محمد والَّذی بعثنی بالحق، لا یقبل الله صدقه من رجل ، و له قرابة محتاجون الی صلته، و یصرفها الی غیرهم)) ای امت محمد قسم به خدایی که مرا به حق مبعوث گردانید خداوند صدقه انسانی را که فامیل نیازمند داشته باشد و او به غیر از آن بدهد نمی‌پذیرد)) هیثمی گفته است: در سلسله این حدیث عبدالله بن عامر اسلمی وجود دارد و او شخصی ضعیف بوده است.

پیامبرﷺ که فرمود: ((الصدقة علی المُسلِمِین صَدَقَةٌ و هی علی ذی الرحم ثنتان: صدقة و صلة))[۱]

قول راجح از دیدگاه حنابله و شافعیه در یکی از دو قول این است که صرف وقف بر فقرای اقربه‌ی واقف اختصاص نمی‌یابد، بلکه فقراء و اغنیا در آن شریک می‌گردند، زیرا وقف مختص به فقرا نمی‌باشد، غنی و فقیر در وقف مساوی هستند.

اگر واقف هیچ فامیلی نداشته باشد، یا این‌که داشته باشد اما منقرض گردند، وقف بر فقرا و مساکین می‌گردد، زیرا مقصود واقف از این وقف پاداش جاری بر ای همیشه بوده است.

مبحث: چهارم: الفاظ وقف و شروط صیغه‌ی آن

صیغه وقف: چنان‌که در رکن وقف توضیح داده شد، وقف تنها با ایجاد منعقد می‌گردد هر چند از دیدگاه احناف و حنابله برای موردی معین باشد، هم‌چنین اگر وقف بر غیر معین باشد، به اتفاق علما این حکم را دارد، و از دیدگاه مالکیه و شافعیه و بعضی از حنابله در صورتی که بر موردی معین باشد با ایجاب و قبول منعقد می‌گردد.

الفاظ خاص به وقف از دیدگاه حنفیه[۲] عبارتند از: این زمین من صدقه موقوفه‌ی همیشگی باشد بر مساکین، یا بگوید: موقوف برای خداوند باشد، یا بگوید: این مال من وقف بر وجوه خیر و نیکی وقف باشد.

با عمل به عرف آنچه که به آن فتوی داده شده است گفته‌ی ابویوسف می‌باشد که می‌گوید: بدون ذکر تأبید یا چیزی که بر آن دلالت کند تنها اکتفا به لفظ وقف می‌شود، مانند لفظ صدقه، یا لفظ مساکین امثال آن مانند مسجد، مشروط بر این‌که وقف بر معین مانند زید یا فرزندان او نباشد، زیرا در این صورت تنها به لفظ موقوفه صحیح نیست اکتفا شود زیرا تعیین شخص با تأبید آن منافات دارد، لذا بین لفظ (موقوفة) و لفظ (موقوفة علی زید) فرق وجود دارد، آنجا که

---

[۱] به روایت احمد و ابن ماجه و ترمذی و نسائی و ابن حبان و دارقطنی و حاکم، و ترمذی آن را حسن دانسته است.

[۲]. الدر المختار و ردالمحتار: ۳/ ۳۹۳، ۳۹۷- ۴۰۱.

اولی جایز و دومی غیرجایز است، زیرا اولی با توجه به عرف وقف را متوجه فقرا می‌نماید، اما هنگامی که نام شخصی را ببرد مقید می‌گردد که در این صورت عرف در آن تأثیر ندارد، جز این‌که تعیین مسجد ضرر ندارد، زیرا مسجد برای ابد است، و تأبید از لحاظ معنی به اتفاق حنفیه شرط می‌باشد.

ثبوت وقف به ضرورت: گاهی به ضرورت وقف ثابت می‌شود چنان‌که بیان شد، مانند این‌که عایدات مسکنی را برای همیشه بر مساکین وقف نماید، یا بر فلانی و بعد از او بر مساکین برای همیشه، در این صورت مسکن به طور قطعی وقف می‌گردد و مانند این است که بگوید: هرگاه من مردم مسکنم را بر چنین موردی وقف کردم.

اما هنگامی‌که وقف را معلق به مرگ نماید، مانند این‌که بگوید: هرگاه مردم مسکنم بر چنین موردی وقف باشد، قول صحیح این است که همانند وصیت است و از یک سوم ترکه با مرگ واقف نه قبل از آن، لازم می‌گردد، حتی اگر وقف بر وارث خویش نموده باشد هر چند که ورثه‌هایی که بر ایشان وقف گردیده یا وارثی دیگر آن را نپذیرد. در صورتی که آن را نپذیرند عایدات موقوفه همانند بقیه ترکه بر همه ورثه‌ها در صورت زنده بودن تقسیم می‌شود، و در صورتی که مرده باشند موقف صرف آنان می‌شود که وقف به ایشان تعلق می‌گرفت. در صورتی که برخی از کسانی که بر ایشان وقف شده است بمیرند، سهم او به ورثه‌هایش تعلق می‌گیرد.

هنگامی که بگوید: مسکنم را در حیاتم وقف نمودم، و بعد از مرگم برای ابد وقف باشد، وقف او جایز است، اما از دیدگاه ابوحنیفه: تا زمانی که زنده باشد نذر است باید به آن وفا نماید و می‌تواند از آن رجوع کند، و در صورتی که تا هنگام مرگ از آن رجوع نکند جایز است و از یک سوم ترکه محسوب می‌گردد.

هنگامی که وقف را مقید به وقت مانند یک ماه یا یک سال بنماید به اتفاق احناف باطل است، زیرا شرط تأبید در آن نمی‌باشد، هنگامی که بر شخص معینی وقف کند بعد از مرگ او به ورثه‌هایش می‌رسد.

مذهب مالکیه:[1] وقف یا با لفظ صریح منعقد می‌گردد مانند: وقف کردم یا محبوس نمودم یا در راه خدا قرار دادم، یا با لفظ غیر صریح مانند: صدقه نمودم، اگر آن را مقید به قیدی نماید،

---

[1] . الشرح الکبیر: ۴/ ۸۱، ۸۴، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۳ و ما بعد آن، القوانین الفقهیه: ص ۳۷۰.

یا صدقه بر موردی باشد که منقطع نمی‌گردد، یا مجهولی باشد که محصور هستند[1]. مثال وقف با لفظ غیر صریح و مقارن با قیدی که بر مقصود او دلالت کند مانند: آن را صدقه نمودم بنابر این‌که فروخته نشود و بخشیده نشود، یا بگوید: صدقه نمودم برفلان طایفه بعد از فلان طایفه، یا بگوید: صدقه نمودم بر پشت و نسل آنان. در صورتی که آن را مقید به هیچ قیدی ننماید، برای کسانی که بر ایشان صدقه می‌نماید مُلک می‌گردد. مثال موردی که منقطع نمی‌گردد مانند: فقرا، یا مساجد. مثال مجهول محصور: صدقه نمودن بر فلانی و پشت و نسل او، ذکر نمودن پشت و نسل او بر تأبید وقف دلالت می‌کند.

گاهی هم تنها فعل او برای انعقاد وقف کفایت می‌کند مانند: اجازه دادن به مردم برای نماز خواندن در جایی که او مسجدی را در آن ساخته است.

به جای صیغه چیزهای دیگری نیز می‌توانند قرار بگیرند: مانند تخلیه نمودن موقوفه برای موقوف‌علیه، مانند این‌که محلی را تبدیل به مسجد، مدرسه، کاروانسرا، چاه آب یا کتابخانه بنماید و تلفظ به وقف نکند، و تخلیه نمودن محل برای چنین چیزهایی به معنی قبض کردن آن است.

مذهب شافعی: [2] وقف جز با لفظ صحیح نیست، وقف یا با لفظ صریح یا غیر صریح منعقد می‌گردد، لفظ صریح مانند: وقف نمودم، اراضی من موقوفه باشد، در راه خدا قرار دادم، یا محبوس کردم که دو لفظ نیز صریح می‌باشند، زیرا تکرار می‌شوند و در عرف هم مشهور گشته‌اند و وقفی از صحابه جز با این دو لفظ نقل نشده است.

اگر بگوید چنین چیزی را صدقه نمودم که صدقه‌ی محرمه یا موقوفه باشد یا صدقه‌ای فروخته یا بخشیده نشود، طبق قول صریح و منصوص در ((الام)) صریح می‌باشد به دلیل این‌که لفظ صدقه با این قراین احتمال غیر وقف را ندارد. اما این الفاظ به سبب الفاظی دیگر صریح هستند و اما الفاظ قبلی به نفس خود صریح هستند.

اگر تنها بگوید: صدقه دادم، صریح در وقف نمی‌باشد، و بدان وقف حاصل نمی‌شود هرچند که نیت وقف را نموده باشد، زیرا این لفظ شامل صدقه فرض و مستحب و صدقه

---

[1]. مقصود از محصور چیزی است که تعداد افراد آنمعین باشند، و غیر محصور آن است که تعداد و شمارش افراد معین نباشد مانند فقرا و علما.

[2]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۸۱ و ما بعد آن، المهذب: ۱/ ۴۴۲.

موقوفه می‌باشد. اما در صورتی که آن را به موردی عام نسبت دهد و نیّت وقف را بنماید، وقف حاصل شده و لفظ او صریح محسوب می‌گردد.

و یا این‌که با لفظ غیر صریح می‌باشد، مانند: آن را حرام گردانیم برای فقرا، یا آن را بر ایشان ابدی کردم، در قول اصح این کنایه است زیرا این دو لفظ مستقل استعمال نمی‌گردند، بلکه تنها برای تأکید الفاظ سابق آورده می‌شوند.

اصح این است که گفته‌ی او: این زمین را برای مسجد قرار دادم، به مسجد تبدیل می‌شود، هرچند نگفته باشد برای خدا، زیرا مسجد جز موقوفه نیست لفظ آن از لفظ وقف و دیگر الفاظ بی‌نیاز است. اگر در زمینی مَوات مسجدی را بنا کند و نیت کند آن را مسجد قرار دهد، به مسجد تبدیل می‌شود و نیازی به لفظ ندارد، این مورد از اشتراط وقف استثنا می‌باشد.

و رأی حنابله:[1] وقف یا با لفظ صریح است یا کنایه. صریح مانند: وقف کردم، محبوس گردانیم، در راه خدا قرار دادم، یکی از این الفاظ کافی می‌باشد، زیرا در شرع و عرف مستعمل هستند. کنایه مانند: صدقه نمودم، حرام گردانیم، ابدی کردم، زیرا تأبید لفظی مشترک است، صدقه برای زکات واجب و صدقه مستحب استعمال می‌گردد، تحریم صریح در ظهار است، تأبید در همه مواردی که ابدی کردن آن را اراده کند از قبیل وقف و غیره استعمال می‌شود. وقف به کنایه جز با یکی از امور تالی جایز نمی‌باشد:

۱. نیت مالک

۲. لفظ کنایه مقترن با یکی الفاظ پنجگانه که سه لفظ صریح در وقف و لفظ تحریم و یا تأبید باشد، بگوید: چنین چیزی را صدقه‌ی موقوفه یا حبس شده، یا در راه خدا قرار داده شده نمودم، یا صدقه ابدی یا صدقه محرم گردانیدم.

۳. یا این‌که کنایه را با صفات وقف متصف نماید، و بگوید: صدقه نمودم که فروخته نشود، و بخشیده نشود و از من ارث برده نشود.

٤. یا کنایه را مقارن با حکم وقف بنماید، و بگوید: زمینم را بر فلانی صدقه نمودم و سرپرستی آن در طول حیاتم با من باشد یا با فلانی باشد سپس بعد از او برای فلانی باشد.

---

[1]. کشاف القناع: ۴/ ۲۶۷ و ما بعد آن.

هم‌چنین وقف با فعلی که عرفاً بر آن دلالت کند منعقد می‌گردد مانند این‌که زمینش را برای قبرستان قرار دهد، و اجازه دهد مردم در آن دفن شوند، یا مسکنی را به شکل مسجد بسازد، و به مردم اجازه دهد در آن نماز بخوانند، زیرا اجازه‌ی خاص گاهی بر غیر وقف هم واقع می‌شود، پس دلات وقف کفایت نمی‌کند، یا در محلی که بنا کرده است اذان گفته شود و اقامه‌ی نماز گرفته شود، زیرا دادن اذان و اقامه در آن محل همانند اجازه‌ی عمومی برای نماز خواندن در آن است. اگر کسی طبقه پایین ساختمانش را مسجد کند و خود از طبقه بالا استفاده نماید یا برعکس، هرچند ذکر هم ننماید وقف او صحیح است و بر حسب عادت راه به وقف پیدا می‌کند.

یا کسی توالتی که درست کند و در آن را به سوی راه رفت و آمد مردم باز کند.

یا ظرفی را پر از آب و یا امثال آن نموده و بر سر راه یا در مسجد و امثال آن بگذارد، زیرا بر وقف کردن آن دلالت می-کند.

شروط صیغه وقف:

در ذات یا صیغه‌ی وقف از دیدگاه فقها شروط تالی در نظر گرفته شده‌اند:

شرط اوّل: تأبید: از دیدگاه جمهور فقها جز مالکیه وقف با شروطی که بر مقید بودن آن به مدتی دلالت کند جایز نیست. زیرا وقف اخراج مالی بر سبیل قربت است لذا مقید کردن آن به مدتی جایز نیست. تنها کافی است برمعنی تأبید شامل آید و تلفظ به آن شرط نمی‌باشد، مانند وقف بر کسانی که قبل از قیام قیامت منقرض نمی‌شوند مانندفقرا، یا بر کسانی که منقرض شوند سپس بعد از آنان بر کسانی که منقرض نشوند مانند وقف بر زید و بعد از او بر فقرا.

اگر صیغه‌ی وقف مقارن با قیدی باشد که بر موقت بودن آن دلالت کند مانند این‌که بگوید: این چیز را بر چنین موردی برای یک ماه یا یک سال وقف نمودم، این وقف به خاطر فساد صیغه باطل است، زیرا مقصود از شرعی بودن وقف دائم دوام آن است و اقتضا می‌کند و ایجاد وقف برای دایمی باشد.

بنا براین احناف می‌گوید موقوفه باید ملک غیر منقول باشد، زیرا تنها ملک غیر منقول است که برای همیشه می‌توان از آن استفاده نمود و وقف منقول را جز به تبعیت از غیر منقول یا ورود نص شرعی بر آن یا جریان عرف به آن جایز ندانسته‌اند. و نیز شرط نموده‌اند آخرین مورد مصرف وقف اهلی موردی باشد که منقطع نمی‌گردد تا این‌که وقف دوام یابد.

اما مالکیه تأبید را شرط ننموده‌اند، و وقف برای یک سال یا بیشتر و کمتر را جایز دانسته‌اند، سپس بعد از پایان وقت تعیین شده به ملکیت واقف بر می‌گردد، این به خاطر وسیع کردن دایره خیرات بر مردم می‌باشد.

اما قانون مصر در ماده (٥) شماره (٤٨) مصوبه سال ١٩٤٦ وقف را از لحاظ تأبید و توقیت به سه قسم تقسیم نموده است:

۱. وقتی که توقیت در آن جایز نیست و باید برای ابدی باشد: مانند وقف مسجد و وقف بر مسجد. این مورد بنابر رأی جمهور فقها جز مالکیه می‌باشد.

۲. وقفی که موقت و ابدی بودن آن جایز است: مانند: وقف بر غیر مسجد از قبیل بیمارستان پناهگاه‌ها و مدارس و فقرا و امثال آن. این مورد هم برگرفته از مذهب مالکی جهت گسترده کردن دایره خیرات بر مردم می‌باشد.

۳. وقفی که باید موقت باشد و تأبید آن باطل است: مانند وقف اهلی، در صورتی که آن را مقید به سالها بنماید جایز نیست واجب است بیشتر از شصت سال نباشد اگر آن را مقید به طبقات بنماید نباید بیشتر از دو طبقه باشد. هیچ سندی برای جایز بودن مقید نمودن وقف به مدت جز مصلحت وجود ندارد.

سپس وقف اهلی در سوریه سال ۱۹۴۹ و در مصر سال ۱۹۵۲ با قانون شماره ۱۸۰ ملغی اعلام باطل شد.

شرط دوّم: تنجیز: یعنی باید صیغه‌ی وقف منجز و قطعی باشد، مقید به شرط و مضاف به وقت در آینده نباشد، زیرا وقف عقدی است که مقتضی نقل ملک فی الحال می‌باشد، پس تعلیق آن بر شرط همانند بیع و هبه از دیدگاه جمهور جز مالکیه جایز نیست.

صیغه‌ی منجز و قطعی آن است که بر ایجاد وقف و جریان آثار آن در وقت صدور آن دلالت کند.

صیغه‌ی معلق آن است که بر ایجاد وقف از زمان صدور آن دلالت نمی‌کند، بلکه بر معلق نمودن تصرف به امری در آینده دلالت کند، مانند این‌که بگوید: هرگاه زید بیاید، چنین چیزی را وقف نمودم، یا بگوید: با آمدن فردا، یا شروع ماه، یا زمانی که با فلانی سخن گفتم این زمین من صدقه‌ی موقوفه باشد، در این موارد از دیدگاه جمهول فقها جز مالکیه وقف باطل است.

صیغه‌های تعلیق سه مورد هستند:

أ. تعلیق به امری باشد که متردد بین وجود و عدم باشد، وقف با این شرط جایز نیست، مانند این که بگوید: اگر فرزندم از سفر برگشت، مسکنم را بر چنین موردی وقف نمودم، زیرا وقف مقتضی نقل ملکیت است، و در تملیکات تعلیق بر امری در آینده جایز نمی‌باشد. دلیل شوافع برای عدم صحت تعلیق وقف بر شرطی در آینده این است که وقف عقد (التزامی) است که با جهالت باطل می‌شود، پس تعلیق آن مانند بیع بر شرطی در آینده صحیح نمی‌باشد.

ب. اگر معلق به مرگ واقف باشد، به اتفاق فقها وقف جایز است، مانند: مسکنم را بعد از مرگم بر فقرا وقف نمودم، زیرا تبرعی است که مشروط به مرگ است، پس صحیح است و چنان است که بگوید بعد از مرگ من مسکنم را بر چنین موردی وقف کنید، زیرا حضرت عمرﷺ وصیت نمود و در وصیتش چنین آمده بود: ((این چیزی است که بنده‌ی خدا امیرالمؤمنین عمر وصیت می‌نماید در صورتی که حادثه‌ای روی دهد، ثَمغ (مالی بود در مدینه برای او) صدقه باشد.[1]

وقف معلق به مرگ از لحظه‌ای که بگوید: بعد از مرگ من وقف باشد، لازم می‌گردد و بدون اجازه‌ی ورثه‌ها تنفیذ می‌گردد، مشروط بر این‌که از یک سوم ترکه خارج شود.

جـ. گر تعلیق بر امری باشد که هنگام صدور وقف محقق باشد، باز وقف صحیح است، مانند این‌که بگوید: اگر این زمین ملک من باشد – و حقیقتاً ملک او باشد- وقف بر چنین موردی باشد؛ زیرا این تعلیق صوری است و صیغه‌ی آن منجز و قطعی می‌باشد. این تعلیق به چیزی که در حال حاضر ثابت یا موجود باشد منافی عدم صحت معلق نمودن آن به مرگ نمی‌باشد. زیرا معلق کردن به شرط ثابت منجز کردن آن است. و علمای شافعیه گفته‌اند: ظاهراً این گفته: آن را مسجد قرار دادم هرگاه رمضان بیاید، صحت وقف می‌باشد.

---

[1]. به روایت احمد و ابوداود نیز مشابه آن را روایت کرده است. ثمغ: مالی بود در مدینه از آنِ حضرت عمر که آن را وقف نمود.

صیغه‌ای که مضاف به زمان مستقبل باشد صیغه‌ای است که بر ایجاد وقف در حال حاضر دلالت می‌کند، اما ترتیب دادن حکم آن به مستقبل تأخیر می‌شود، مانند این‌که بگوید: در اول سال هجری جاری منزلم را بر چنین موردی وقف نمودم.

حکم این صیغه از دیدگاه احناف به تفصیل آتی است:

اگر زمان مستقبلی که به آن نسبت داده شده است بعد از مرگ واقف باشد، وقف از دیدگاه احناف باطل است و صحیح این است که وصیتی لازم است که با وقف لازم گردیده و بعد از مرگ واقف از یک سوم ترکه او اخراج می‌شود.

و در صورتی که زمان مستقبل غیر از زمان مرگ باشد، مانند اول سال هجری قول صحیح از هردو روایت از دیدگاه احناف این است که وقف صحیح است، چنان‌که اجاره‌ی مضاف به مستقبل جایز است، و وقف مشابه اجاره است، زیرا مانند اجاره تملیک منفعت است، اگر کسی بگوید: فردا مسکنم صدقه و موقوفه باشد، وقف صحیح است.

والحاصل از دیدگاه جمهور تعلیق وقف بر شرطی در حیات مانند این‌که بگوید: زمانی که اول ماه بیاید مسکنم وقف باشد، جایز نیست.

مالکیه در مورد این شرط گفته‌اند: در وقف تنجیز و قطعی کردن آن شرط نمی‌باشد، وقف با تعلیق جایز است، مثل این‌که بگوید: بعد از یک ماه آینده یا یک سال آینده این مال بر چنین موردی وقف باشد، یا بگوید: اگر مالک مسکن فلانی شدم، آن وقف باشد.

شرط سوّم: الزام است: از دیدگاه جمهور فقها معلق کردن وقف بر شرط خیار یا بر خیارالشرط جایز نیست، شرط چه معلوم باشد یا مجهول، مانند این‌که چیزی را وقف کند و برای خود یا شخصی دیگر شرط نماید که هرگاه خواست بتواند از آن رجوع کند، در این مورد وقف باطل است چنان‌که هبه و عتق باطل است. لیکن احناف وقف بر مسجد را استثنا کرده‌اند، اگر شخصی مسجدی را وقف نماید مشروط بر این‌که حق خیار داشته باشد، وقف جایز و شرط باطل خواهد بود.

شرط چهارم: عدم اقتران آن با شرطی باطل: شروط از دیدگاه احناف سه تا هستند:

أ. **شرط باطل:** شرط باطل شرطی است که با مقتضای وقف منافی باشد، مانند این‌که واقف شرط نماید که موقوفه در ملکیت او بماند، حکم این شرط آن است که: با این شرط وقف

باطل می‌شود، زیرا با حقیقت وقف منافات دارد. هم‌چنین اگر برای خود شرط نماید که هرگاه دلش خواست از وقف رجوع نماید، با این شرط وقف باطل می‌شود زیرا با حکم وقف که همان لزوم است منافات دارد. اگر شرط نماید موقوفه را بفروشد و قیمت آن را صرف نیازهایش کند، وقف باطل است.

ب. **شرط فاسد:** شرط فاسد به شرطی گفته می‌شود که خللی در انتفاع از موقوفه یا مصالح آن ایجاد نماید یا این‌که مخالف با شرع باشد. مثال اول: شرط نماید عایدات موقوفه به مستحقین داده شود، اگر موقوفه نیاز به تعمیر داشته باشد این شرط فاسد است، زیرا در بهره‌برداری از موقوفه خلل ایجاد می‌کند. مثال دوم: شرط نماید که حافظ و ناظر وقف از میان فرزندان او عزل نشود هرچند فاسد شود و مرتکب خیانت گردد، این شرط هم فاسد است، زیرا به مصلحت موقوف‌علیه خلل وارد می‌سازد. مثال سوم: جزئی از عایدات موقوفه را برای ارتکات جرمی اختصاص دهد، این شرط فاسد است زیرا مخالف با شریعت است. و حکم آن این است که وقف را باطل نمی‌کند، بلکه وقف صحیح و شرط باطل است.

ج. **شرط صحیح:** هر شرطی که منافی با مقتضای وقف نباشد و به منفعت آن خللی وارد ننماید و مخالف با شریعت هم نباشد، مانند مشروط نمودن بهره‌برداری از موقوفه با پرداخت مالیات آن، یا تعمیر آن قبل از واگذاری آن به مستحقین. و حکم این شرط آن است که تبعیت از آن و تنفیذ آن واجب است.

اما قانون مصر ماده (٦) مصوبه سال ١٩٤٦ تصریح کرده است که: هنگامی که وقف مقارن با شرط غیر صحیح باشد، وقف صحیح و شرط باطل است. شرط غیر صحیح شامل شرط فاسد و باطل می‌آید. این دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه در ارتباط با شرط فاسد می‌باشد، و ابویوسف دیدگاه دیگری نیز در ارتباط با شرط باطل دارد.

و مالکیه گفته‌اند: هرگاه واقف از مستحق موقوفه شرط بگیرد که آن را اصلاح نماید یا مالیاتی غیر حق را به حاکم ظالم بپردازد، وقف صحیح و شرط ملغی است، اما طبق قول اصح اصلاح و پرداخت هزینه‌ی آن از عایدات موقوفه جایز است.

هم‌چنین اگر شرط نماید عدم شروع آن را با اصلاح موقوفه یا عدم شروع با نفقه‌ای که نیاز به آن است مانند نفقه حیوان، وقف صحیح است و شرط باطل و از عایدات موقوفه بر آن صرف می‌شود.

مذهب شافعی: اگر واقف شرط نماید که موقوفه را بفروشد یا شرط نماید کسی را که بخواهد در میان مستحقین داخل و کسی را که بخواهد خارج کند طبق قول صحیح همانند شرط خیار سابق وقف باطل است.

حنابله نیز با شافعیه موافق بوده و گفته‌اند: اگر واقف شرطی فاسد مانند خیار در وقف را شرط کند یا به شرط تحویل موقوفه از موقوف‌علیه به غیر او، این‌که بگوید: مسکنم را بر چنین موردی وقف نمودم بنابراین‌که هرگاه بخواهم آن را از این مورد تغییر دهم، یا به شرط این‌که هرکس از اهل وقف بخواهد از آن خارج و هرکس بخواهد داخل شود، وقف صحیح نخواهد بود. هم‌چنین وقف صحیح نیست هنگامی که شرط نماید هرگاه بخواهد آن را هبه کند یا بفروشد یا هرگاه دلش خواست آن را باطل کند، صحیح نخواهد بود زیرا شرط او منافی با مقتضای وقف می‌باشد. اگر شرط نماید در صورت خرابی موقوفه آن را فروخته و قیمت آن را در مثل آن صرف نماید یا این شرط را برای متولی (ناظر وقف) بعد خود بگیرد، در این مورد تنها شرط فاسد است و وقف صحیح است، چنان‌که در بیع در صورت فاسد بودن شرط آن شرط باطل و بیع صحیح است.

شرط پنجم از دیدگاه شافعیه: بیان مصرف وقف: اگر واقف بر این گفته اقتصار کند که: چنین چیزی را وقف نمودم، اما مورد مصرف آن را بیان نکند، قول اظهر بطلان آن است زیرا مورد مصرف آن را ذکر ننموده است، بر خلاف وصیت است، زیرا وصیت در صورت عدم ذکر مورد مصرف، صرف مساکین می‌گردد، زیرا غالب وصیت‌ها برای مساکین است، لذا بر خلاف وقف مطلق وصیت بر غالب آن حمل می‌گردد. صاحب مهذب قول دوّم - که صحت وقف بدون ذکر مورد مصرف - را صحیح دانسته است، زیرا وقف ازاله‌ی ملکیت چیزی از واقف است لذا همانند قربانی به صورت مطلق هم جایز است.

جمهور فقها جز شافعیه ذکر نمودن مورد مصرف وقف را شرط ننموده‌اند، مالکیه گفته‌اند: در وقف تعیین مورد مصرف وقف شرط گرفته نمی‌شود، جایز است بگوید: چنین چیزی را برای خدا وقف نمودم بدون این‌که مورد مصرف آن را تعیین کند، آنگاه مطابق عرف آنان بر مواردی مصرف می‌گردد که غالباً صرف آن مورد می‌شود، بر فقرا مصرف می‌گردد، این زمانی است که موقوفه را مختص جماعتی نگردانیده باشد، و الا بر آن جماعت معین مصرف می‌گردد مانند کتابهای علمی.

مقتضای الفاظی که بر موقوف علیه دلالت می‌کنند:

گاهی واقف الفاظی از قبیل: ولد، پشت، نسل، ذریت، قرابت، آل و اهل را ذکر می‌نماید، مقصود از این الفاظ مطابق مذاهب چه چیزی است؟[1]

أ. ولد یا اولاد: هنگامی که واقف بگوید: این چیز را بر ولد یا اولادم وقف نمودم، به اتفاق فقها شامل ولد پشت او اعم از ذکور و اناث می‌آید. اما اگر بگوید: فرزند من و فرزند فرزند من، یا فرزندان من و فرزندان فرزندان من، در این صورت‌ها شامل فرزندان ذکور و اناث است، قول راجح مذهب مالکیه این است که از میان فرزندان فرزندان تنها شامل فرزندان پسرها می‌آید.

حنابله گفته‌اند: هرگاه بر فرزندان کسی و فرزندان فرزندان او وقف کند، مذکر و مؤنث در آن مساوی خواهند بود، زیرا آنان را در این وقف شریک گردانیده است، و مطلق ذکر نمودن تشریک مقتضی مساوات است. مستحب است واقف وقف را بر فرزندان خود بر حسب تقسیم خداوند در میراث برای ذکور و اناث تقسیم نماید. قاضی ابویعلی گفته است: مستحب است مساوات بین ذکور و اناث رعایت شود، زیرا مقصود قربت الی‌الله بر وجه دوام است، و در حالی که همه در قرابت و نزدیکی به واقف مساوی هستند، هرگاه بعضی را بر بعضی ترجیح دهد، مطابق گفته‌ی او عمل می‌شود، وقف بر یک نسل بعد بر نسل دیگر تقسیم می‌شود، یعنی ابتدا بر آنان که نزدیکند و بعد بر آنان که در درجه‌ای پایین‌تر از آنان هستند.

ب. ذریت، نسل و (عقب) پشت: اگر واقف بگوید: بر ذریت یا نسل یا پشتم وقف نمودم، به اتفاق فقها شامل فرزندان ذکور است نه فرزندان اناث، یعنی شامل فرزندان دخترها نمی‌باشد مگر این‌که به آن تصریح شده یا قرینه‌ای آن دلالت کند.

ج. آل، جنس و اهل بیت: عصبه‌های او از قبیل فرزندان ذکور و اناث، برادران و خواهران و عموها و عمه‌ها در این الفاظ داخل هستند. اما در داخل شدن دایی‌ها و خاله‌ها اختلاف نظر است. علمای حنفیه گفته‌اند: آل او، جنس او و اهل بیت او همه کسانی هستند که با او مناسبت دارند تا این‌که به بالاترین پدر او در اسلام برسد، کسی که اسلام را درک کرده باشد چه مسلمان شده باشد یا نه.

---

[1]. الدرالمختار وردالمحتار: ۴۸۲/۳ و ما بعد آن،فتح القدیر:۵/ ۷۰-۷۲، الشرح الکبیر: ۴/ ۹۲ و ما بعد آن، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۲۸- ۱۳۲، القوانین الفقهیه: ص ۳۷۰، المهذب: ۱/ ۴۴۴ و ما بعد آن، کشاف القناع: ۴/ ۳۰۷- ۳۱۴، غایة المنتهی: ۲/ ۳۱۹ و ما بعد آن، المغنی: ۵/ ۵۶۰ – ۵۶۶.

و احناف گفته‌اند: شامل افراد ثروتمند و فقیر می‌آید. و دیدگاه احناف بر این اصل استوار است که: صغیر با ثروتمند بودن والدینش ثروتمند محسوب می‌گردد. و مرد و زن تنها با ثروتمند بودن فرزندان و همسر ثروتمند محسوب می‌گردند، لیکن خصاف گفته است: قول صحیح از دیدگاه من این است که هرچند نفقه آنان بر غیر اینها واجب باشد اما واجب است به آنها داده شود.

د. قرابت: از اصطلاحات گذشته عام‌تر است، و هر صاحب رحم محرمی از جانب واقف در آن داخل است، از جانب مردها و زن‌ها، و از دیدگاه مالکیه محرم و غیر محرم مساوی هستند.

و احناف بر این دیدگاه هستند که قرابت و ارحام و انساب شخص شامل همه کسانی که با او مناسبت دارند تا این‌که به دورترین پدر او در اسلام جز پدر و فرزند پشت او می‌آید، زیرا به اتفاق فقها پدر و فرزند، قرابت محسوب نمی‌گردند، هم‌چنین کسانی که بالاتر از پدر یا پایین‌تر از فرزند هستند از دیدگاه ابوحنیفه و محمد قرابت محسوب نمی‌گردد. و از دیدگاه ابوحنیفه به کمتر از دو تن داده نمی‌شود، اما از دیدگاه دو شاگرد او اکتفا به یک تن هم کافی است.

و عبارت علمای شافعیه این است که اگر بر جماعتی از نزدیک‌ترین مردم به او وقف نماید، به سه تن از نزدیک‌ترین اقربه‌های او داده می‌شود.

و هرگاه به فقراء آنان مقید بنماید، از دیدگاه احناف فقر هنگام وجود عایدات و فرواورده‌های موقوفه معتبر است که مجوزی برای اخذ زکات هم می‌باشد. اگر دادن عایدات موقوفه چندین سال بنابر دلایلی به تأخیر بیافتد و در طول این مدت شخص غنی فقیر شود و فقیر غنی شود، آن‌که هنگام تقسیم فقیر شده است با آن‌که وقت وجود عایدات فقیر بوده است شریک می‌شود، زیرا بخشش‌ها حقیقتاً باقبض در ملکیت قرار می‌گیرد، و عارض شدن غنی و مرگ باطل نمی‌گرداند آنچه که شخص استحقاق آن را یافته است.

هنگامی که بگوید: وقف بر نزدیک‌تر سپس بر نزدیک باشد، مقصود نزدیک‌ترین مردم به او از جهت رحم است، نه از جهت ارث و عصابت.

هنگامی که بر فامیلهای نزدیک صالح و شایسته وقف باشد، چنان‌که ابن عابدین گفته است: صالح به کسی گفته می‌شود که، اوضاعش پوشیده باشد، هتک حرمت نشده و دارای شک و شبهه نباشد، راهش راست، اعمالش شایسته، اذیت و آزارش به کسی نرسد، سازنده نبیذ نباشد،

و با مردان در آن مجالست نکند، به زنان پاک و محصن تهمت نزند، و معروف به درغگویی نباشد، این است صلاح و شایستگی، و مانند اوست کسی که اهل عفاف و خیر و فضل و بزرگواری باشد.

و هرگاه بگوید: بر نیازمندتر سپس نیازمندتر از میان اقربه‌ها وقف گردد، مقصود از آن کسی است که مالک کمتر از صد درهم باشد، اگر با آن به صد درهم برسد بین آنها به طور مساوی تقسیم می‌گردد.

هـ. مراحل انسان: چنان‌که در وصیت گذشت.

طفل و صبی و صغیر به کسی گفته می‌شود که به سن بلوغ نرسیده باشد، اگر یکی از آنها به سن بلوغ برسد چیزی به او داده نمی‌شود.

شاب و حَدَث: به کسانی گفته می‌شود که به سن بلوغ رسیده باشند تا کامل شدن چهل سال، هنگامیکه چهل سال کامل شد چیزی برای او نیست.

کَهل: از چهل سالگی تا کامل شدن شصت سال.

شیخ: بالاتر از شصت سال تا آخر عمر، و بالاتر از شیخ مرحله‌ی دیگری وجود ندارد.

همه‌ی اصطلاحات ذکر شده شامل مذکر و مؤنث هستند.

و. فی سبیل الله و امثال آن: حنابله گفته‌اند: اگر بر سبیل الله یا ابن سبیل یا غارمین(بدهکاران) وقف نماید، آنان کسانی هستند که مستحق سهمی از زکات می‌باشند، زیرا سخن مطلق انسان‌ها بر سخن معهود در شرع حمل می‌گردد. و سبیل الله یعنی جهاد و غزوه در راه خدا.

وقف دایم از نظر اتصال و انقطاع:

وقف دایمی هنگامی که موقوف علیه در حلقه‌ای از حلقه‌هایش منقطع گردد یا متصل باشد چهار نوع می‌باشد:[1]

۱. **ابتدایش معلوم باشد، و انتهایش غیر منقطع:** یعنی ابتدایش به انتهایش متصل باشد، مانند وقف بر مساکین یا گروهی که عادتاً منقرض نمی‌شوند، چنین وقفی به اتفاق فقها صحیح است. اما در صورتی که ابتدا و انتهایش منقطع باشد مانند این‌که بر فرزندش وقف نماید در

---

[1]. الدر المختار و ردالمحتار: ۳/ ۴۰۰، ۴۸۰، الشرح الصغیر: ۴/۱۲۱-۱۲۴، المهذب: ۱/ ۴۴۱ و ما بعد آن، المغنی: ۵/۵۶۷- ۵۷۳.

حالی‌که فرزندی ندارد، در این صورت وقف باطل است، زیرا فرزندی که آفریده نشده است مالک نمی‌گردد، پس وقف بر او فایده‌ای در بر ندارد.

۲. **ابتدایش متصل اما انتهایش معلوم نباشد:** مانند این‌که بر قومی وقف کند که عادتاً انقراض آنان ممکن است، و در آخر بعد از انقراض آنان، آن را برای مساکین یا موردی غیر منقطع قرار ندهد، چنین وقفی از دیدگاه جمهور فقها صحیح است، زیرا بر آنان‌که معلوم هستند مصرف می‌گردد، و در صورت انقراض آنان بر اقربه‌های واقف مصرف می‌گردد، چنان که بیان شد، زیرا مقتضای وقف کسب پاداش است، در جاهایی که محل آن نامیده شده باشد بر آن حمل می‌گردد، و در مواردی که از محل مصرف آن سکوت شده باشد بر مقتضای آن مصرف می‌گردد و حکم وقف ابدی را می‌یابد.

محمدبن حسن گفته است: چنین وقفی صحیح نمی‌باشد، زیرا چنان‌که دانسته شد باید موردی بیان شود که منقطع نگردد، زیرا مقتضای وقف ابدی نمودن آن است، پس هنگامی که منقطع شود آنگاه وقف بر مجهول خواهد بود لذا صحیح نخواهد بود و چنان است که در ابتدا وقف بر مجهول نماید. در میان احناف به این دیدگاه محمد فتوی داده می‌شود.

۳. **ابتدای وقف منقطع و انتهای آن متصل باشد:** مانند این‌که بر کسی وقف کند که وقف بر او جایز نباشد، مانند وقف بر نفس خود، یا برده‌ی خود، یا عبادتگاه کفار یا موردی غیر معلوم، در این مورد علمای شافعیه و حنابله دو نظر دارند: نظر اول این است که باطل است، زیرا ابتدای آن باطل است، و نظر دیگر این است که صحیح است، و در صورت حکم به جواز آن بر کسانی مصرف می‌گردد که در حال حاضر وقف بر آنان جایز باشد.

٤. **دو طرف وقف از جهت ابتدا و انتها صحیح باشد اما وسطش منقطع باشد:** مانند این‌که بر فرزندش، سپس بر غیر معین، سپس بر مساکین وقف نماید: در این مورد هم همانند وقفی که انتهایش منقطع باشد دو نظریه وجود دارد، و نیز گفته شده است که از دیدگاه شافعیه و حنابله صحیح است و برخی هم گفته‌اند باطل است.

اما در صورتی‌که دو طرفش منقطع اما وسطش صحیح باشد، مانند این‌که کسی بر نفس خود وقف کند سپس بر فرزندانش، سپس بر کنیسه‌ای، در صحت این مورد هم دو نظریه وجود دارد، و مورد مصرف آن همان مورد مصرف وقف منقطع می‌باشد.

فصل پنجم
اثبات وقف از نظر شرع و قانون

در شریعت اسلام مقرر است که شهادت یکی از راه‌های اثبات وقف می‌باشد، و در ادعای وقف شرط گرفته می‌شودکه: وقف را بیان کند هرچند قدیم باشد، و نیز در اثبات وقف شهادت بر شهادت قبول است، هم‌چنین شهادت زنان با مردان، و شهادت دادن به شنیدن از یکدیگر و مشهور بودن آن مقبول است، مانند این‌که بگوید: شهادت می‌دهم به شنیدن، و شهادت بر شنیدن از یکدیگر برای بیان مورد مصرف وقف قبول است، مانند این‌که بگوید: بر چنین مسجدی، و هم‌چنین برای بیان مستحقین آن نیز قبول است، اما طبق قول اصح برای ثابت کردن شرایط آن قبول نمی‌باشد. اما نوشتن قرارداد صلاحیت حجت ندارد. زیرا خط با خط شباهت دارد.

شرط نمودن تتعیین ملک غیر منقول برای صحت وقف طلب نشده است، زیرا شرط معلوم بودن آن تنها شرط قبول شهادت وقفی می‌باشد.[1]

دادگاه‌های شرعی در مصر و سوریه بر این اساس مبتنی می‌باشند، سپس ماده اول از قانون وقف در کشور مصر شماره (٤٨) مصوبه سال ١٩٥٢ تصریح نمود که واقف باید جهت جلوگیری از ادعاهای باطل برای اثبات وقف با شهادت‌های دروغ در یکی از دادگاه‌های شرعی در بخش مخصوص به وقف بر کل یا بعضی از اعیان موقوفه، شاهد بگیرد، این مورد با حکم قانونی که شرط می‌نماید باید ملک غیر منقول برای هر گونه تصرف واقع بر آن، اعم از این‌که چه چیزی باشد، و اعم از این‌که چگونه تصرفی باشد، نوشته و ثبت گردد، موافق است.

خصاف، حکم وقف در هنگام انقطاع ثبوت آن را ذکر نموده و گفته است: وقف‌هایی که زمان‌شان قدیمی شده است، و شاهدان آن مرده باشند، هرگونه نقشه و قراردادهایی که در دفاتر اسناد رسمی داشته باشند و در دست آنان موجود باشد، هنگامی که اهل آن موقوفه بر سر آن دچار اختلاف شدند، از روی استحسان بر اساس آن قراردادها عمل می‌شود. و در صورتی که در دفاتر اسناد رسمی قراردادهایی موجود نباشد، در هنگام اختلاف هرکه حق خویش در آن را ثابت کند به نفع او حکم می‌شود.

---

[1] ردالمختار: ٣/٤٠٨، ٤٤١، ٤٤٤.

فصل ششم
مبطلات وقف

در صورتی که یکی از شرطهای سابق وقف مختل گردد، وقف باطل می‌شود:

علمای مالکیه مبطلات وقف را ذکر نموده‌اند که مهم‌ترین آنها عبارتند از[1]:

۱. حدوث مانع: واقف بمیرد یا مفلس گردد، یا قبل از قبض بیمار شده و با آن بیماری بمیرد، وقف باطل می‌شود و در حالت مردن واقف، موقوفه به ورثه‌ها بر می‌گردد و در حالت مفلس شدن واقف، به طلبکارن بر می‌گردد، اگر اجازه دهند نافذ می‌گردد و در غیر این صورت باطل خواهد بود.

۲. بعد از این‌که واقف از مسکن جدا شده و قبل از کامل شدن یک سال به آن برگردد، یا عایدات زمین را برای خود نگاه دارد، در این صورت هم وقف او باطل می‌گردد.

۳. وقف بر معصیت باشد مانند وقف بر کنیسه، یا وقف عایدات موقوفه بر تهیه خمر یا خرید اسلحه برای قتال حرام، در این صورت هم وقف باطل است.

۴. وقف بر کافر حربی باطل است، اما وقف بر کافر ذمی صحیح است، و این بخش مورد اتفاق همه فقها می‌باشد.

۵. وقف بر نفس خود هرچند شریک دیگری غیر وارث با او همراه باشد، مانند: بر نفس خود و فلانی وقف نمودم، این صورت وقف هم باطل است هم آنچه به او اختصاص می‌یابد و هم آنچه به شریک او اختصاص یابد.

۶. وقف به شرط این‌که واقف متولی و ناظر بر موقوفه باشد باطل است زیرا در این مورد مانع شدن وجود دارد.

---

۱. القوانین الفقهیه: ص ۳۷۰ و ما بعد ان، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۷، ۱۰۸، ۱۱۶- ۱۱۸.

۷. جهل به سبقت وقف بر بدهی اگر وقف بر محجور خود: یعنی بر کسی وقف کند که ناظر و متولی او می‌باشد، و آن را برای خود قبض کند، و واقف بدهکار باشد، و معلوم نشود کدام یک از وقف و بدهی سابق بوده است، وقف باطل بوده و جهت پرداخت بدهی فروخته می‌شود، تا واجب بر مستحب مقدم شود، با ضعف قبض.

۸. عدم تخلیه: یعنی واقف مانعی بین مردم و موقوف علیه ایجاد نماید و اجازه ندهد مردم از آن استفاده کنند، مانند وقف بر مسجد یا کاروانسرا یا مدرسه باشد، در این صورت وقف باطل می‌گردد، و موقوفه به میراث او بر می‌گردد.

۹. وقف کافر بر مساجد، کاروانسرا، مدرسه و امثال آن از جمله مواردی که در اسلام قربات محسوب می‌گردد. این مورد رأی احناف نیز می‌باشد.

وقف بر فرزندان ذکور بدون فرزندان اناث طبق قول راجح دارای کراهت تنزیهی می‌باشد، زیرا با عمل زمان جاهلیت که زنان را از میراث پدر محروم می‌کردند، شباهت دارد، اما در صورتی که چنین وقفی صورت گرفت، نافذ می‌گردد و طبق قول اصح فسخ نمی‌شود. به اتفاق فقها اگر مردی همه یا بخش اعظم مالش را به بعضی از فرزندانش هبه کند، مکروه است. هم‌چنین مکروه است همه دارایی‌اش را به فرزندانش بدهد تا این‌که به طور مساوی بین ذکور و اناث تقسیم گردد، اما در صورتی که مطابق سهم آنان در میراث تقسیم نماید جایز است. اما به اتفاق فقها وقف بر عکس صورت ذکر شده یعنی وقف بر دخترها بدون پسرها صحیح است.

موضع قانون از پایان وقف:

قانون مصر شماره ٤٨ مصوبه ۱۹۵۲ در ماده‌های (١٦ -١٨) بر پایان یافتن وقف با پایان یافتن مدت تعیین شده یا منقرض شدن موردی که بر آن وقف گردیده است، تصریح کرده است، هم‌چنین در هر سهمی با اقراض اهل آن قبل از پایان یافتن مدت تعیین شده یا قبل از انقراض طبقه‌ای که وقف با پایان یافتن آن پایان می‌یابد. این مشروط به آن است که کتاب وقف بر برگشت این سهم به باقی موقوف‌علیه دلالت نکند. زیرا وقف در این حالت پایان نمی‌یابد مگر با انقراض باقیمانده‌ی موقوف‌علیه یا پایان یافتن مدت.

وقف با خراب شدن یا گم شدن با تأیید دادگاه بنا بر طلب ذی شأن پایان می‌یابد.

وقف پایان یافته در صورت زنده بودن واقف ملک او می‌گردد، و در غیر این صورت برای مستحقین آن خواهد بود.

فصل هفتم
نفقات وقف

نفقه‌ی موقوفه به اتفاق فقها از عایدات آن خواهد بود، با اختلاف نظراتی که در شرط واقف و غیره وجود دارد.

مذهب احناف:[1] واجب است از عایدات وقف تا حدودی که موقوفه بر صفتی که بر آن وقف شده است بماند، در تعمیر آن هزینه شود، در صورتی که خراب شود بر همان شکل و صفت ساخته می‌شود، واقف هزینه‌ی آن را چه از عایدات آن شرط کرده باشد یا نه، زیرا مقصود واقف این بوده است که عایدات آن را برای همیشه وقف کند، و جز با تعمیر برای همیشه باقی نخواهد ماند، بنابراین شرط تعمیر هم‌چنان باقی می‌ماند، زیرا خراج با ضمان است.

هرگاه سکونت در مسکن را بر فرزندش وقف کند، تعمیر آن به عهده‌ی کسی خواهد بود که در آن سکونت می‌گزینند، زیرا هزینه را کسی می‌پردازد که از آن استفاده نموده باشد، در صورتی که از تعمیر آن امتناع ورزد یا بر اثر فقر از تعمیر آن ناتوان باشد، حاکم آن را به دیگری اجاره می‌دهد و با اجاره‌ی آن، آن را تعمیر می‌نماید، سپس بعد از تعمیر آن را به کسی واگذار می‌کند که حق سکونت برای اوست، زیرا تعمیر آن سبب رعایت حق هر دو یعنی هم واقف و هم صاحب سکونت می‌شود. و کسی که از تعمیر آن امتناع می‌ورزد بر آن مجبور کرده نمی‌شود، زیرا با تعمیر آن مال او تلف می‌شود. کسی که حق سکونت در آن را دارد نمی‌تواند آن را اجاره دهد، بلکه یا متولی یا حاکم باید آن را اجاره دهد. بر کسی که در عایدات آن حق دارد واجب نیست آن را تعمیر کند، زیرا حق سکونت در آن را ندارد، بلکه تعمیر آن به عهده‌ی کسی خواهد بود که حق سکونت در آن را دارد، هرگاه در آن سکونت نمود بر او لازم نمی‌شود اجره‌ی ظاهری زیرا فایده‌ای در آن نیست، مگر این‌که جهت تعمیر به آن نیاز باشد، در این صورت متولی آن را اجاره داده و اجاره‌ی آن را دریافت می‌کند تا بدان وسیله آن را تعمیر کند.

---

[1] فتح القدیر: ۵۳/۵،و ما بعد آن، الکتاب مع اللبابک ۲/ ۱۸۴ و ما بعد آن، الدر المختار: ۳/ ۴۱۲- ۴۱۷.

آنچه که از ساختار یا آلت وقف منهدم شود از قبیل آلت کشاورزی، در صورتی که موقوفه به آن نیاز داشته باشد حاکم آن را تهیه می‌کند، و در صورتی که موقوفه از آن وسایل‌ها بی‌نیاز باشد حاکم آن را نگاه می‌دارد تا زمانی که به تعمیرآن نیاز پیدا شود، حاکم آن تعمیر می‌نماید تا این‌که هنگام نیاز استفاده از آن ناممکن نباشد، در صورتی که تعمیر آن ممکن نباشد، فروخته می‌شود و قیمت آن جهت اصلاح موقوفه هزینه می‌شود.

جایز نیست وسایل منهدم شده یا بدل آن را بین مستحقین آن تقسیم کند، زیرا آن وسایل جزء عین موقوفه می‌باشند، و آنان در آن وسایل حقی ندارند، بلکه تنها در منفعت آن حق دارند، غیر از آنچه حق آنان است به آنان داده نمی‌شود.

مذهب مالکی:[1] مانند مذهب احناف است، طبق این مذهب بر ناظر و متولی موقوفه واجب است در صورتی که خللی در موقوفه ایجاد شود آن را به وسیله عایدات آن اصلاح نماید، در صورتی که واقف شرط دیگری را بر خلاف آن شرط کرده باشد، از آن تبعیت نمی‌شود، زیرا سبب تلف شدن موقوفه می‌شود و آن هم جایز نیست.

متولی کسی را که در مسکن سکونت دارد بعد از آن‌که از او بخواهد آن را تعمیر کند و او امتناع ورزد، بیرون کرده و مسکن را اجاره می‌دهد و با اجاره‌ی آن، آن را تعمیر می‌کند و بعد از پایان یافته مدت اجاره دوباره آن را موقوف‌علیه واگذار می‌کند.

در صورتی که موقوفه عایدات و درآمدی نداشته باشد، از بیت المال مسلمین هزینه تعمیر آن را پرداخت می‌نماید، در صورتی که بیت‌المال هم وجود نداشته باشد رها شده تا خراب شود و هزینه‌ی آن بر واقف واجب نمی‌باشد.

هزینه‌ی اسب‌های جهاد از بیت المال پرداخت می‌شود، و هزینه‌ی آن بر واقف واجب نمی‌باشد، و جهت تهیه هزینه‌ی آنها، اجاره داده نمی‌شوند. در صورتی که بیت المالی وجود نداشته باشد یا دسترسی به آن ممکن نباشد، حیوان موقوفه فروخته شده و با قیمت آن اسلحه‌های دیگری برای جهاد خریداری می‌گردد.

مذهب شافعی و حنابله:[2] هزینه و مخارج تعمیر و اصلاح موقوفه از آنجا که واقف شرط کرده باشد از جمله از مال خود او یا مال موقوفه، پرداخت می‌شود، زیرا هنگامی که واجب است از شرط او در رابطه با وقف پیروی شود از شرط او در ارتباط با نفقات آن هم باید پیروی

---

[1]. الشرح الصغیر: ۴/ ۱۲۴ و ما بعد آن، القوانین الفقهیة: ص ۳۷۲

[2]. المهذب: ۱/ ۴۴۵، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۹۵، المغنی: ۵/ ۵۹۰، کشاف القناع: ۴/ ۲۹۳.

شود. اگر عمل به شرط او ممکن نباشد در این صورت از عایدات یا منافع موقوفه بر آن هزینه می‌شود، زیرا محافظت بر اصل موقوفه جز با انفاق بر آن از عایدات آن ممکن نخواهد بود، لذا انفاق از ضروریات آن می‌باشد.

در صورتی که منافع آن متوقف گردد، طبق مذهب شافعی نفقه و هزینه‌ی تجهیز آن غیر از هزینه‌ی تعمیرات از بیت المال پرداخت می‌شود. اما از دیدگاه حنابله در صورتی که منافع حیوان متوقف گردد، نفقه‌ی آن به عهده‌ی موقوف‌علیه خواهد بود زیرا ملک اوست، و احتمال وجوب آن در بیت المال هم وجود دارد، و فروختن آن چنان‌که بیان خواهم کرد جایز است.

علمای **مالکیه و شافعیه و حنابله** در ارتباط با زکات موقوفه گفته‌اند: اگر موقوفه بر مردم معینی وقف شده باشد و آنان از آن موقوفه میوه یا حبوبات دیگری برداشت کردند و به حد نصاب یعنی پنج وسق برسد زکات آن بر آنان واجب می‌شود، زیرا آنان مالک در آمد آن هستند. اما در صورتی که وقف بر مساکین باشد، زکات در آن واجب نمی‌گردد.

امام مالک در موقوفه بر مردم غیر معین مانند فقرا و مساکین در صورتی که به حد نصاب، پنج وسق، برسد زکات آن را بر واقف واجب دانسته است، زیرا آن موقوفه ملک واقف است، لذا زکات ملک خود را می‌پردازد. اما در وقوف بر معینین، هرکدام که سهم او به حد نصاب برسد، زکات آن را می‌پردازد.

فصل هشتم

تبدیل کردن موقوفه و فروش آن در صورتی خرابی

مقصود از وقف دوام بهره‌برداری از آن و تحصیل پاداش برای واقف می‌باشد، پس هنگامی که رو به خرابی رود، آینده‌ی آن چه خواهد شد؟

در این صورت فقها اجازه داده‌اند با رعایت شروط و قیودی که آنان تعیین کرده‌اند، موقوفه فروخته شود و مانند آن جایگزین گردد.

علمای احناف[1] گفته‌اند: در صورتی که وقف بر مسجد باشد، طبق قولی که به آن فتوی داده شده است با مجرد تلفظ به وقف بر مسجد صفت همیشگی می‌یابد و صفت مسجد بودن هرگز از آن جدا نمی‌شود هرچند از آن مسجد بی‌نیاز شوند، در صورتی که مسجد خراب شود و برای تعمیر و ساخت دوباره‌ی آن هزینه‌ای وجود نداشته باشد و مردم به خاطر وجود مسجدی دیگر از آن بی‌نیاز باشند، از دیدگاه ابوحنیفه و ابویوسف -که به آن فتوی داده می‌شود - تا قیام ساعت در حکم مسجد باقی می‌ماند و به ملکیت بانی و یا ورثه‌های او برنمی‌گردد و انتقال آن یا وسایل آن برای مسجدی دیگر هم جایز نیست چه در آن نماز بخوانند یا نخوانند و گذاشتن شاخته‌های درخت [جهت ساختن مبنایی دیگر] بر دیوارهای آن هرچند با پرداخت اجره هم باشد، جایز نیست.

و محمد گفته است: هنگامی که موقوفه خراب شود و از عایدات و فراورده‌های آن مقداری موجود نباشد که بتوان به وسیله آن، آن را تعمیر نمود، به بانی و ورثه‌های او برمی‌گردد.

در ارتباط با فرش، حصیر و چراغ‌های مسجد هم در صورت بی‌نیازی از آن همین اختلاف نظر موجود است، طبق روایتی از ابوحنیفه به مسجدی دیگر انتقال می‌دهند و از دیدگاه محمد در صورتی که بطور کلی از استفاده‌ی مقصود برای واقف خارج شود، به مالک آن برمی‌گردد.

---

[1] .الدر المختار :۳/ ۴۰۸- ۴۱۹ و ما بعد آن، ۴۲۴-۴۲۷، فتح القدیر:۵/ ۵۸ و ما بعد آن، البدایع: ۶/ ۲۲۰.

بنابراین اختلاف در ارتباط با مسکنی که برای فقرا ساخته می‌شود و چاه آب هنگامی که از آنها استفاده نشود، طبق گفته‌ی ابویوسف در روایت دوم از او مسجد، مسکن فقرا، چاه یا حوض آب به نزدیک‌ترین مسجد یا مسکن یا حوض دیگر نقل می‌گردد. اما قولی که به آن فتوی داده می‌شود در وقف مسجد برای همیشه قول شیخین است و آن این‌که نقل آن به مسجدی دیگر جایز نمی‌باشد، و هنگامی‌که مسجد خراب شود باز هم برای همیشه در حکم مسجد باقی می‌ماند.

در ارتباط با آلات مسجد از قبیل حصیر، فرش و چراغ به گفته‌ی محمد فتوی داده می‌شود که طبق گفته‌ی او به واقف یا ورثه‌های او بر می‌گردد. اما در ارتباط با آثار و بقایای آن به گفته‌ی ابویوسف و ابوحنیفه فتوی داده می‌شود که می‌گویند: با امکان فروش آن به واقف یا ورثه‌ها بر نمی‌گردد و نقل آن به مسجدی دیگر هم جایز نمی‌باشد.

هرگاه کسی دو وقف بر مسجد کند، یکی از آنها بر تعمیر آن و دیگری بر امام و مؤذن آن باشد، حاکم می‌تواند در صورتی که وقف اختصاص داده شده به امام یا مؤذن کفایت آن را ننماید با تصویب اهل صلاح منطقه قسمتی از موقوفه‌ی زاید بر مصالح و تعمیرت مسجد را صرف آن کند مشروط بر این‌که وقف یکی باشد، زیرا مقصود او احیای وقف واقف می‌باشد و با این انتقال مقصود او حاصل می‌شود، زیرا آنگاه هردو همانند یک چیز می‌باشند، در صورت اتحاد واقف و جهت وقف انتقال جایز است.

اما در صورتی که یکی از هردو – واقف یا جهت وقف- مخالف با دیگری باشد، مانند این‌که دو مرد یک مسجد بسازند یا یک شخص مسجد و مدرسه‌ای بسازد، و چند مورد را بر آنها وقف کند، در این صورت حاکم نمی‌تواند وقف اختصاص داده شده به یکی از آنها را به دیگری انتقال دهد.

فروش بقایا و آثار مسجد: هنگامی که موقوفه خراب شود، و هزینه‌ای برای بازسازی و تعمیر آن وجود نداشته باشد و اجاره دادن و تعمیر آن ممکن نباشد و جز وسایل و آثار آن از قبیل سنگ، و آجر و شاخه درخت چیزی نمانده باشد، با دستور حاکم فروش آن صحیح است، و با قیمت آن جایگزین آن خریداری می‌گردد، در صورتی که خرید جایگزین ممکن نباشد، اگر ورثه‌های واقف موجود باشند به آنان داده می‌شود و در غیر این صورت صرف فقرا می‌گردد. فروش با اجازه‌ی قاضی و صرف قیمت آن به مسجدی دیگر مبنی بر قول ابویوسف در روایت دوم از او می‌باشد، و برگشت دادن آن به ورثه‌ها یا فقرا بنابر قول محمد است، و صورت

شایسته‌ای بین این دو قول جمع بندی می‌شود و آن این‌که در صورت امکان به گفته‌ی ابویوسف عمل می‌شود و در غیر این صورت به گفته‌ی محمد.

و خلاصه این‌که: طبق فتوای مشایخ احناف بازمانده‌های موقوفه فروخته می‌شود و قیمت آن صرف مسجدی دیگر یا مسکنی دیگر می‌شود، زیرا غرض واقف این است که مردم از موقوفه‌ی او بهره‌مند شوند، و تا این‌که متقلبان آن را به دست نگیرند.

قرار دادن چیزی از مسجد به راه یا برعکس: هنگامی که بانی مسجد قسمتی از راه را در حدود مسجد قرار دهد و اهل محله اعتراض ننمایند و به عابران ضرری نرساند، جایز است، زیرا به نفع همه مسلمانان می‌باشد. هم‌چنین عکس این مورد، هنگامی که در مسجد راهی قرار داده شود، جایز است جز کافر، اشخاص جُنُب و زن حائض و حیوانات همه مردم از آن رفت و آمد کنند.

برای امام جایز است قسمتی از راه را مسجد قرار دهد، اما عکس آن جایز نیست، زیرا جایز است نماز بر سر راه خوانده شود و جایز نیست مسجد راه قرار داده شود.

حالات استبدال[تبدیل موقوفه به چیزی دیگر]: استبدال از دیدگاه علمای احناف سه نوع است:

نخست: واقف تبدیل آن را برای خود یا دیگری، یا برای خود و دیگری شرط نموده باشد، مانند این‌که شرط نماید که اجازه داشته باشد آن را با زمین دیگری تعویض کند، یا شرط نماید آن را بفروشد، طبق قول صحیح در این صورت استبدال صحیح است، و هرگاه بخواهد می‌تواند با قیمت آن زمین دیگری را خریداری کند، هنگامی که چنین کاری را انجام دهد زمین دوّم در شرایط، حکم زمین اولی را می‌یابد.

دوّم: واقف آن را شرط نماید، این‌که عدم آن را شرط کند یا سکوت کرده باشد، اما موقوفه به صورتی در آمده باشد که انتفاع از آن اصلاً ممکن نباشد، این‌که هیچ محصولی نداشته باشد یا هزینه‌ی خود را تأمین ننماید، این مورد هم اگر با اجازه‌ی قاضی باشد صحیح است، و نظر او مصلحت باشد.

سوم: واقف اصلاً چیزی را شرط ننموده باشد، اما در استبدال منافعی وجود داشته باشد و بدل آن از نظر عایدات و فراورده‌ها از آن بهتر باشد. در این صورت طبق قول اصحِ مختار استبدال جایز نیست.

شروط استبدال: هنگامی که موقوفه زمینی غیر مسجد باشد، طبق قول مورد اعتماد قاضی می‌تواند در صورت ضرورت بدون شرط واقف آن را استبدال نماید اما به شش شرط:

۱. موقوفه به طور کلی مورد استفاده نباشد، و منافعی در بر نداشته باشد.

۲. موقوفه عایداتی نداشته باشد که به وسیله آن تعمیر گردد.

۳. فروش آ ن با ضرر زیاد نباشد.

٤. تبدیل کننده‌ی آن قاضی بهشت باشد: یعنی کسی باشد که دارای علم و عمل است، تا این‌که استبدال به ابطال اوقاف مسلمانان نیانجامد، چنان‌که در این زمان اخیر چنین شده است.

۵. آن را با زمین دیگری تبدیل کند نه با درهم و دینار، تا این‌که ناظران و متولیان آن نتوانند آن را بخورند، زیرا اندک است که تبدیل کننده با قیمت آن چیز دیگری را بخرد. اما برخی علما اجازه داده‌اند آن را به پول نقد بفروشد مشروط بر این‌که تبدیل کننده قاضی بهشت باشد.

٦. قاضی آن را به کسی نفروشد که شهادت او برای قاضی جایز نیست، و نیز به کسی نفروشد که بدهکار قاضی باشد، زیرا در این صورت ترس تهمت وگذشت از بدهی وجود دارد.

در صورتی که این شش شرط موجود نباشند، فروختن موقوفه فاسد و باطل است. و هنگامی که فروش حاکم صحیح باشد وقف آنچه که آن را فروخته است باطل می‌شود، و باقیمانده بر حالت قبلی خود باقی می‌ماند.

و در چهار مورد واقف یا متولی می‌تواند زمین را تعویض کند که عبارتند از:

نخست: اگر واقف شرط کرده باشد.

دوّم: هرگاه غصب‌کننده‌ای آن را غصب نموده و آب را بر آن جاری نماید تا تبدیل به دریایی گردد، در این صورت غاصب ضامن قیمت آن خواهد بود که متولی با آن قیمت زمین دیگری را به جای آن خریداری می‌کند.

سوّم: غصب کننده آن را انکار کند، و قیمت آن را بپردازد، متولی می‌تواند آن قیمت را دریافت کند تا بدان وسیله زمین دیگری خریداری کند.

چهارم: شخصی علاقمند به تعویض زمین دیگری با آن باشد که هم بهره بیشتری داشته باشد و هم مکان آن بهتر باشد، بنابر گفته‌ی ابویوسف – که به آن فتوی داده می‌شود – جایز است متولی بپذیرد.

مذهب مالکیه در ارتباط با فروش موقوفه: مالکیه[1] گفته‌اند: اوقاف به نسبت فروش سه قسم هستند:

نخست: مساجد که به اجماع علما فروش آن صحیح نیست.

دوم: ملک غیر منقول فروخته نمی‌شود هرچند خراب هم شود، و جایز نیست با دیگری تعویض گردد، مانند این‌که با مثل خود که خراب نشده است تعویض گردد، و فروش وسایل آن هم جایز نیست، اما در صورتی که استفاده کردن دوباره از آن برای موقوفه ناممکن باشد، استفاده از آن در مثل آن در محلی دیگر جایز است.

فروش ملک غیر منقول تنها در یک حالت جایز است و آن این‌که: بر حسب نیاز جهت توسعه مسجد یا راه مقداری از آن خریداری گردد.

سوم: کالا یا حیوان در صورتی که بدون استفاده بماند، مانند این‌که اسب پیر شود، لباس کهنه شود، طوری که بهره‌برداری از آن دو ناممکن گردد، در این صورت فروختن موقوفه و صرف قیمت آن در مثل آن جایز است، در صورتی که با قیمت آن نتوان چیز کاملی مانند آن خریداری نمود، در سهم چیز دیگری مانند آن قرار داده می‌شود. اگر کسی گوسفندانی را وقف نماید تا از شیر، پشم و کرک آن استفاده گردد، آن تعداد از گوسفندهای نر که جهت جهیدن بر گوسفندان دیگری مورد استفاده قرار نگیرند، و آن تعداد از گوسفندان ماده که سنشان بالا رفته باشد فروخته شده و به جای آن گوسفندان کم سن که بهتر بتوان از آن استفاده نمود خریداری می‌گردد.

این فتوی بر اساس گفته‌ی ابن قاسم بود. اما ابن ماجشون گفته است اصلاً فروخته نمی‌شوند.

خلو: بنا بر آنچه که مالکیه مقرر داشته‌اند که فروش موقوفه و وسایل آن هر چند خراب هم شده باشد، ممنوع است، آیا برای متولی جایز است در صورت تخریب و ناممکن بودن بهره‌برداری از آن، و عدم وجود هزینه تعمیر و عدم امکان اجاره دادن آن، اجازه دهد شخص دیگری با هزینه شخصی خود آن را بازسازی کند یا در آن درخت کاشت نماید اما ساختمان یا درخت ملک آن شخص باشد که بتواند آن را بفروشد و از او ارث برده شود؟ بر اساس این‌که

[1] .القوانین الفقهیه:ص ۳۷۱، الشرح الصغیر: ۴/ ۹۹، ۱۰۱، ۱۲۵ –۱۲۷، الشرح الکبیر:۴/ ۹۰ و ما بعد آن، الفواکه الدوانی علی رسالة ابن ابی زید القیروانی: ص : ۴۰ .

عمارت برای صاحب آن است، و در امثال زمین برای همیشه محبوس قرار داده می‌شود که به مستحقین داده شود یا برای مسجد بکار گرفته شود؟

شیخ خرشی و علمای احناف[1] فتوی داده‌اند که جایز است، و این است خلو نامیده می‌شود، و اما ((دردیر)) شارح متن خلیل گفته است: این فتوی باطل است، و حاشا که علمای مالکیه چنین فتوایی دهند، زیرا منفعت موقوفه حبس شده است و با این عمل در ملکیت شخص دیگری در نمی‌آید.

مذهب شافعی در ارتباط با فروش موقوفه:

علمای شافعیه[2] گفته‌اند:

۱. هرگاه مسجد منهدم و تخریب گردد و خواندن نماز در آن ممکن نباشد، و اعاده‌ی آن نیز ناممکن گردد یا بر اثر تخریب شهر معطل بماند، به ملکیت کسی بر نمی‌گردد و تصرف در آن به هیچ صورت با فروش و غیره جایز نمی‌باشد، زیرا ملکیت آن همچنان حق خداوند است و با اختلال در آن به ملکیت کسی بر نمی‌گردد، چنان‌که عبدی را آزاد کند سپس آن عبد به بیماری زمین‌گیری مبتلا گردد به ملکیت سیدش بر نمی‌گردد. در صورتی که انتظار بازسازی آن نباشد عایدات وقف و وسایل آن به نزدیک‌ترین مسجد داده می‌شود و در غیر این صورت نگاه داشته می‌شود.

اگر ترس سقوط مسجد وجود داشته باشد، تخریب شده و در صورتی که حاکم مصلحت بداند و امکان داشته باشد با وسایل آن مسجد دیگری را می‌سازد و در غیر این صورت وسایل آن را نگاه می‌دارد. ساختن مسجد در نزدیکی آن بهتر است. و با وسایل آن چاهی را بنا نمی‌کند چنان‌که با وسایل و بازمانده‌های چاه نمی‌تواند مسجد بسازد، بلکه چاه دیگری را می‌سازد، تا غرض واقف رعایت شده باشد.

اگر شخصی وسایلی را بر ساخت پلی وقف نماید، سپس روستا دچار حریق گردد و به پل دیگری نیاز باشد، جایز است وسایل آن به پل دوّم انتقال داده شود.

متولی و ناظر عایدات وقف بر مرز و حدود کشوری را در صورت حصول امنیت محفوظ نگاه می‌دارد، زیرا احتمال دارد دوباره برای محافظت از حدود به آن نیاز پیدا کنند.

---

[1]. ردالمختار: ۳/ ۴۲۸.

[2]. المهذب: ۱/ ۴۴۵، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۹۲ و ما بعد آن، تکملة المجموع: ۱۴/ ۶۱۲ و ما بعد آن.

فراورده‌ها و درآمدهای مسجد که مازاد بر نیازهای آن باشند ذخیره شده و بر تعمیر و بازسازی آن هزینه می‌گردد و با باقی‌مانده‌ی آن زمینی خریداری شده و بر مسجد وقف می‌گردد زیرا آن برای مسجد بهتر است.

تعمیر موقوفه بر حق موقوف‌علیهم مقدم است، زیرا بدان وسیله موقوفه محفوظ می‌ماند.

موقوفه‌ای که به صورت مطلق بر مسجد یا تعمیر آن وقف گردیده باشد، عایدات آن صرف مسجد گردیده و بر مصالح آن هزینه می‌شود؛ از جمله بازسازی، گچکاری، پله‌ها، سایبان‌ها، جارو، بیل و اجاره‌ی خدمتکار، اما حق مؤذن و امام و فرش مسجد و روغن برای روشن کردن چراغ از آن برداشت می‌شود زیرا خدمتکار محافظ و نگهبان ساختمان آن است بر خلاف باقی دیگر. اگر وقف بر مصالح مسجد باشد، عایدات آن برای آنان که ذکر شود صرف می‌گردد، اما در نقش و نگار آن هزینه نمی‌شود حتی اگر به صورت مطلق هم وقف کرده باشد باز هم بر تزیین و نقش و نگار آن هزینه نمی‌گردد.

۲. بر اساس قول اصح جایز است فرش‌های مسجد در صورت کهنه شدن و درختان آن در صورت شکستن -که جز برای سوختن فایدای دیگری نداشته باشد- فروخته شود تا این‌که ضایع نشود و بدون فایده جایی را هم اشغال ننماید، زیرا به دست آوردن مقدار اندکی پول و درآمد از فروش آن برای مسجد بهتر از ضایع کردن آن است، و پاکسازی آن داخل در بیع وقف نمی‌باشد، زیرا همانند معدوم گشته است و قیمت آن صرف مصالح مسجد می‌گردد. در صورتی که شایستگی غیر سوختن مانند تخته یا ساختن در را داشته باشد، قطعاً فروخته نمی‌شوند.

طبق قول اصح درخت خرمایی که وقف گردیده است در صورتی که خشک شود و بهره‌برداری از آن با اجاره دادن و غیره ممکن نباشد و حیوانی که زمین‌گیر شود جایز است فروخته شوند، زیرا چیزی که امیدی به منفعت آن نباشد فروش آن بهتر است، بر خلاف مسجد، زیرا در صورت خراب شدن هم می‌توان در آن نماز خواند و گاهی در جای آن مسجد دیگری ساخته می‌شود و در آن نماز خوانده می‌شود.

قیمت آنچه که فروخته می‌شود حکم قیمت وقفی را دارد که تلف شده یا توسط شخصی قطع گردیده باشد، که به نزدیک‌ترین شخص به واقف داده می‌شود، در صورتی که موجود نباشند صرف فقرا و مساکین یا مصالح مسلمانان می‌گردد.

در صورتی که بهره‌برداری از درخت خرمایی که خشک گردیده با اجاره دادن و غیره ممکن باشد، طبق مذهب وقف قطع نمی‌گردد. و خلاصه این‌که علمای شافعیه فی الجمله و مالکیه در عدم جواز فروش موقوفه دارای آراء سختگیرانه‌تری هستند.

مذهب حنابله[1]:

أ. هرگاه موقوفه مخروب گردد و بدون استفاده بماند، مانند مسکنی که تخریب شود، یا زمینی که خراب شده و به زمین مواتی تبدیل شود و تعمیر و اصلاح آن ممکن نباشد، یا مسجدی که اهل قریه از آن انصراف نموده و در محلی قرار گیرد که در آن نماز خوانده نشود یا این‌که گنجایش مردم آن محله را نداشته باشد و گسترش آن از یک جهت ممکن نباشد، یا این‌که همه متلاشی شده باشد و تعمیر کل یا قسمتی از آن جز با فروش قسمتی دیگر ممکن نباشد، جایز است قسمتی از آن جهت تعمیر ماباقی فروخته شود و در صورتی که بهره‌برداری از کل آن ممکن نباشد همه فروخته می‌شود.

به این روایت استدلال می‌کنند هنگامی که سعد به حضرت عمرﷺ نامه نوشت که ساختمان بیت المال در کوفه سوراخ شده است، نوشت: به مسجدی که در تمارین قرار دارد منتقل شو و بیت المال را در جهت قبله‌ی آن قرار ده، زیرا پیوسته نمازگزارن در مسجد خواهند بود. این عمل او در حضور یاران پیامبر انجام شد و کسی با آن مخالفت ننمود پس به اجماع تبدیل گشت. و به دلیل این‌که در آنچه ذکر شد وقف به معنی خود باقی می‌ماند و هنگام عدم امکان ابقاء وقف بر صورت آن، فروش آن واجب می‌شود.

ب. هنگامی که موقوفه فروخته شود هرچیزی که با قیمت آن خریداری گردد – از جمله چیزهایی که بر اهل وقف برگردانده می‌شود- چه جنس موقوفه باشد یا نباشد، جایز است، زیرا هدف منفعت است نه جنس، لیکن منفعت صرف موردی می‌شود که موقوفه‌ی اول صرف آن می‌شد، زیرا در صورت امکان محافظت بر مورد مصرف تغییر آن جایز نیست، چنان‌که تغییر وقف به بیع جایز نمی‌باشد.

ج. هرگاه قیمت اسب از کار افتاده برای خرید اسبی دیگر کفایت نکند، برای تکمیل قیمت اسبی دیگر از آن استفاده می‌شود که بخشی از قیمت آن را تشکیل دهد، زیرا هدف ابقاء منفعتی است که ابقاء آن ممکن باشد و محفوظ داشتن آن از ضایع شدن بهتر است و راهی برای محافظت از آن جز این روش وجود ندارد.

---

[1]. المغنی:۵/ ۵۷۵- ۵۷۹، المغنی والشرح الکبیر: ۶/ ۲۲۵.

د. هرگاه مصلحت وقف به طور کلی متوقف نگردد اما کاهش یابد، و برای اهل وقف چیز دیگری از آن بهتر و مفیدتر باشد، فروش آن جایز نیست، زیرا اصل بر تحریم فروش است و تنها در حالت ضرورت مباح می‌گردد، عدم جواز فروش آن هرچند فواید اندکی هم داشته باشد جهت محافظت بر مقصود وقف و جلوگیری از ضایع شدن آن با امکان حاصل نمودن آن و امکان بهره‌برداری از آن می‌باشد، مگر این‌که بهره‌ی آن به حدی تنزل کرده باشد که نفع محسوب نباشد و وجود آن همانند عدم آن باشد.

هـ نقل مسجد و تبدیل و فروش زمین حیاط آن جایز نیست، نیز قرار دادن آن به سقاخانه و مغازه جز در هنگام عدم امکان بهره‌برداری از آن جایز نیست.

جایز نیست در محلی که مسجد قرار داده می‌شود درختی کاشته شود، و امام احمد گفته است دوست ندارم میوه‌ی چنین درختی را بخورم، اگر امام آن را بکند جایز است، زیرا مسجد برای چنین چیزی ساخته نشده است بلکه تنها برای ذکر خداوند و نماز و قرائت قرآن ساخته شده است و درخت برای مسجد مایه اذیت و مشکل می‌شود و مانع نماز گزاردن نمازگزاران در آن می‌شود و برگ و میوه‌ی آن در مسجد می‌ریزند و گنجشک‌ها و پرنده بر شاخته‌های آن فرود می‌آیند و نجاست آنها در مسجد می‌افتد و چه بسا کودکان با سنگ به میوه‌های آن بزنند.

اما اگر درخت خرمایی در محلی باشد که صاحب آن محل آنجا را تبدیل به مسجد بنماید و درخت همچنان در آن باقی بماند اشکال ندارد.

و. فرش‌ها و روغن اضافه بر نیاز مسجد در صورتی که نیازی به آن نباشد همچنین شاخته درخت‌ها و وسایل اضافه بر نیاز جایز است برای مسجدی دیگر مورد استفاده قرار گیرد یا این‌که به فقراء همسایه صدقه داده شود.[1]

---

[1] . در پایان این فصل، مطلبی تحت عنوان ((موضع قانون کشورهای مصر و سوریه)) در ارتباط با تعویض و تبدیل موقوفه که در حدود یک صفحه بود، به علت عدم نیاز به آن ترجمه نگردید. [مترجم].

فصل نهم
وقف در بیماری مرگ

در مبحث شروط وقف توضیح دادم که یکی از شروط وقف‌کننده این است که اهلیت تبرع و بخشش را داشته باشد یعنی محجور از تصرف نبوده و در هنگام وقف کردن مالک قطعی آن باشد هرچند با سببی فاسد بوده باشد، و بنا براین شرط علمای احناف[1] گفته‌اند: وقفی که با ملک یا شفعه استحقاق شخص دیگری را بیابد باطل می‌شود هرچند آن را به مسجد هم تبدیل کرده باشد، هم‌چنین وقف بیماری که بدهی همه دارایی او را در بر گرفته باشد باطل است بر خلاف شخص سالم، یعنی وقف بدهکار بیمار باطل است بلکه آنچه که او وقف می‌کند فروخته می‌شود و وقف او باطل می‌شود چنان که وقف گروگذار فقیر باطل است.

در صورتی که بدهی همه دارایی وقف‌کننده را در بر نگرفته باشد، وقف او صحیح است و همانند بخشش خواهد بود و مانند وصیت از یک سوم دارایی او تنفیذ می‌گردد، اگر از یک سوم خارج شود یا در صورت اضافه بر آن ورثه‌ها اجازه دهند در همه نافذ می‌گردد و در غیر این صورت در مازاد بر یک سوم باطل می‌شود و در صورتی که بعضی‌ها اجازه دهند در سهم آنان نافذ می‌گردد.

و خلاصه این‌که سلامتی از بیماری شرط صحت وقف نمی‌باشد، و هرگاه در حالت بیماری وقف کند از دیدگاه علمای احناف وقف او جایز است و از یک سوم دارایی او اعتبار می‌گردد و به منزله‌ی وصیت بعد از وفات است، تا این‌که بیمار به ضرر رساندن به ورثه‌ها یا طلبکارانش متهم نگردد. اما از دیدگاه دو شاگرد ابوحنیفه وقف در حالت صحت و بیماری به طور مساوی جایز است.

---

[1] . الدرالمختار و ردالمحتار: ۳/ ۳۹۴، البدایع: ۶/ ۲۱۸.

با توجه به اختلاف نظر یاد شده بنا بر رأی امام: وقف لازم نمی‌گردد و ملکیت موقوفه از واقف زایل نمی‌گردد مگر این‌که آن را به بعد از مرگ نسبت دهد یا حاکم به آن حکم کند. اما از دیدگاه دو شاگرد او بدون نسبت دادن به ما بعد مرگ ملکیت او زایل می‌شود.

و بنابرا گفته‌ی ابوحنیفه: اگر شخص در حال بیماری مرگ چیزی را بر بعضی از ورثه‌هایش وقف کند و دیگر ورثه‌ها اجازه ندهند، اصل وقف باطل نمی‌گردد، بلکه آن عایداتی که به بعضی غیر از بعضی دیگر اختصاص داده است باطل می‌شود، بلکه با توجه به مقدار سهم آنان در ارثیه تقسیم می‌گردد، مشروط بر این‌که موقوف علیه زنده باشد سپس بعد از او صرف کسانی می‌گردد که واقف شرط نموده است، زیرا وصیتی است که به فقرا بر می‌گردد، و همانند وصیت برای وارث نمی‌باشد تا این‌که اصل آن با رد کردن بر او باطل شود.

رأی جمهور فقها[1] که قائل به لزوم وقف می‌باشند موافق با رأی ابوحنیفه است، طبق رأی آنان وقف در حالت بیماری مرگ به منزله‌ی وصیت است که از یک سوم دارایی محسوب می‌گردد، زیرا بخشش است، پس در بیماری مرگ از یک سوم محسوب می‌گردد همانند عتق و هبه. در صورتی که یک سوم کفایت آن را داشته باشد بدون رضایت ورثه‌ها لازم می‌گردد، و در صورتی که مازاد بر یک سوم باشد، در حدود یک سوم لازم می‌گردد و مازاد بر آن متوقف بر اجازه‌ی ورثه‌ها خواهد بود، زیرا با بیماری حق ورثه‌ها به آن مال تعلق گرفته است لذا تبرع به بیشتر از یک سوم مانند عتق و هبه ممنوع است.

هم‌چنین از دیدگاه جمهور فقها در حالت بیماری مرگ وقف بر بعضی ورثه‌ها جایز نیست، در صورتی که چنین وقفی صورت گیرد متوقف بر اجازه‌ی دیگر ورثه‌ها خواهد بود، زیرا اختصاص دادن مال به بعضی ورثه‌ها در حالت بیماری جایز نیست و همانند بخشش‌ها در این حالت ممنوع است و به دلیل این‌که هرکه وصیت به عین برای او جایز نباشد وصیت به منفعت هم برایش جایز نمی‌باشد همانند شخص اجنبی در مازاد بر یک سوم.

عبارت علمای مالکیه در این مورد این است که: وقف بر بعضی ورثه در حالت بیماری مرگ هرچند از یک سوم دارایی هم خارج شود جایز نیست، زیرا وقف در حالت بیماری مرگ همانند وصیت است و وصیت برای وارث جایز نمی‌باشد. اگر وقف در حالت بیماری مرگ بر غیر وارث باشد جایز است و مانند دیگر بخشش‌ها از یک سوم دارایی او تنفیذ می‌گردد، تا

[1]. المغنی: ۵/ ۵۷۱- ۵۷۴، الشرح الصغیر: ۴/ ۱۰۷- ۱۱۰ و ما بعد آن، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۸، کشاف القناع: ۴/ ۲۷۸، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۷۷.

حدودی که یک سوم گنجایش آن را داشته باشد صحیح بوده و مازاد بر یک سوم باطل خواهد بود.

علمای مالکیه وقف مُعَقَّب را از این قاعده استثنا کرده‌اند، چه بهره‌ای داشته باشد یا نداشته باشد، وقف مُعَقَّب این است که بیمار بر فرزندان و نسل و پشت خود وقف نماید، اگر یک سوم گنجایش آن را داشته باشد نافذ می‌گردد و حکم آن در تقسیم همانند حکم میراث برای وارث خواهد بود، و حقیقتاً میراث نمی‌باشد زیرا نه فروخته می‌شود و نه هدیه داده می‌شود. پس برای مذکر دوبرار مؤنث خواهد بود هرچند واقف مساوی بودن مذکر و مؤنث را شرط کرده باشد. و برای زوجه یک هشتم و برای مادر یک ششم خواهد بود.

و خلاصه این‌که: از دیدگاه جمهور فقها وقف شخص بیمار برای او لازم می‌گردد و رجوع ازآن جایز نیست و از دیدگاه مالکیه باطل است زیرا وصیت برای وارث است.[۱]

---

[۱]. قانون الو قف اثر شیخ فرج السهنوری: ص ۱۸۹

فصل دهم
ناظر وقف

نخست– تعیین ناظر: به اتفاق فقها[1] واقف می‌تواند ناظر و سرپرستی وقف را برای خود یا موقوف علیه یا شخصی دیگر شرط نماید، شخص سومی را یا با نام تعیین می‌کند یا با صفت مانند: کسی که ارشد یا داناتر یا بزرگتر است یا کسی که فلان صفت را داشته باشد، پس هرکه دارای آن صفت باشد با عمل به شرط، ناظر و متولی وقف می‌گردد. حضرت علی﷼ در وقف خویش فرزندش حسن سپس حسین﷼ را متولی و ناظر وقف قرار داد.

در تعیین ناظر بر وقف از شرط واقف تبعیت می‌شود، در صورتی که واقف کسی را برای ناظر بودن بر وقف شرط ننماید، از دیدگاه مالکیه و طبق مذهب شافعی قاضی ناظر خواهد بود، زیرا نظر عمومی برای قاضی می‌باشد، لذا او شایسته‌تر است، زیرا از دیدگاه غیر مالکیه ملکیت موقوفه برای خداوند است.

و حنابله گفته‌اند: آنگاه در صورتی که موقوف‌علیه انسانی تعیین شده باشد، حق نظر و سرپرستی برای او خواهد بود و در صورتی که موقوف‌علیه جمعی تعیین شده مانند فرزندان یک شخص باشند هرکدام به مقدار سهم خویش در آن حق نظر و سرپرستی را خواهد داشت عادل یا فاسق بودن آنان مساوی است زیرا آن موقوفه ملک اوست و بهره‌ی آن هم برای اوست، و در صورتی که موقوف‌علیه محدود نباشد مانند موردی که تعدادشان مشخص نباشد از جمله فقرا، مساکین، علما و مجاهدین یا وقف بر مسجد، مدرسه، کاروانسرا، پل و یا سقاخانه و امثال آن باشد، در این صورت‌ها حاکم یا نایب او ناظر خواهد بود، زیرا در این صورت‌ها مالک مشخصی ندارد.

---

[1]. الدرالمختار و ردالمحتار: ۳/ ۴۲۱ و ما بعد آن، القوانین الفقهیه: ص ۳۷۱ و ما بعد آن، مغنی المحتاج: ۲/ ۳۹۳، کشاف القناع: ۴/ ۲۹۳، ۲۹۷، ۲۹۸ و ما بعد ان، الشرح الکبیر: ۴/ ۸۸

علمای احناف گفته‌اند: بر اساس ظاهر مذهب، ولایت و نظارت بر وقف حق خود واقف است، چه آن را برای خود شرط کرده باشد یا نه، سپس بعد از او برای کفیل او و بعد برای حاکم خواهد بود.

تعدد ناظران جایز است، ماده (٤٨) از قانون وقف کشور مصر تصریح کرده است که دادگاه بیشتر از یک ناظر را جز با مصلحت تعیین نمی‌کند.

علمای حنابله گفته‌اند: در صورتی که ناظران متعدد باشند و هر دو مشترک حق نظارت و سرپرستی بر آن را داشته باشند، یکی از آنها به تنهایی جدای از دیگری نمی‌تواند تصرفاتی در آن انجام دهد، تا به شرط واقف عمل شده باشد.

دوم: شروط ناظر: شروط ناظر عبارتند از:

۱. **عدالت** ظاهری هرچند وقف بر افرادی معین و رشید باشد، زیرا نظارت سرپرستی است، چنان‌که در کفیل و قیّم شرط است. عدالت عبارت است از: انجام امر شده‌ها و پرهیز از ممنوع‌هاش شرعی، این شرط از دیدگاه جمهور فقها می‌باشد، و اما علمای حنابله گفته‌اند: عدالت شرط نمی‌باشد، بلکه شخص عادلی با شخص فاسق همراه کرده می‌شود چنان‌که شخصی قوی و امانت‌دار همراه ناظر ضعیف می‌شود.

۲. **کفایت:** کفایت عبارت است از نیرو و توانایی شخص بر تصرف در آن‌چه که ناظر آن قرار داده شده است. صفت کفایت ما را از اشتراط راهیابی به تصرف بی‌نیاز می‌نماید، شخص با کفایت باید بالغ و عاقل باشد، شرط نیست ناظر مرد باشد زیرا حضرت عمر رضی الله عنه دخترش حضرت حفصه را ناظر بر وقف خویش قرار داد.

در صورتی که ناظر دارای عدالت و کفایت نباشد حاکم وقف را از او پس می‌گیرد حتی اگر خود واقف باشد. هرگاه مانع زایل شود از دیدگاه شافعیه حق نظارت به او بر می‌گردد و آن در صورتی است که در وقف حق نظارت برای او شرط شده و به آن تصریح شده باشد.

۳. **اسلام:** مشروط بر این‌که موقوف‌علیه مسلمان باشد، یا مورد موقوف‌علیه مسجد و امثال آن باشد، به دلیل این‌که خداوند می‌فرماید: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾ ((هرگز خداوند کافران را بر مؤمنان چیره نخواهد ساخت)). [نساء:

١٤١] اگر وقف بر کافر معین باشد، جایز است شرط نظارت برای کافر باشد، این را علمای حنابله ذکر کرده‌اند، اما علمای احناف اسلام را برای ناظر شرط ننموده‌اند.

سوم: وظیفه‌ی ناظر: وظیفه‌ی ناظر هنگام محول کردن عام به او عبارت است از[1]:حفظ موقوفه، تعمیر آن، اجاره دادن آن، کاشت آن، دفاع از آن، جمع آوری فراورده‌های آن از قبیل اجره، محصول و میوه‌ی آن و تقسیم کردن آن بین مستحقین و حفظ اصول و فراورده‌های آن جهت احتیاط، زیرا در مانند آن معهود است و اجتهاد بر آن است در رابطه با رشد دادن موقوفه و صرف آن در موارد تعمیرو و اصلاح و اعطاء مستحق، گفته‌ی او در آنچه که می‌گوید قبول واقع می‌شود در صورتی که تبرع نماید، اما در صورتی که از روی تبرع آن کارها را انجام ندهد از دیدگاه حنابله جز با شاهد قبول نمی‌شود. اگر ناظر مقید به بعضی از موارد ذکر شده باشد به آن مقید می‌گردد.

هنگامی که ناظر در اثنای تعمیر وقف کار کند چنان‌که علمای احناف بیان داشته‌اند اجره‌ی خود را از آن دریافت می‌کند، و نیز گفته‌اند شروط واقف در اجاره دادن و غیره را رعایت می‌کند، زیرا شرط واقف همانند نص شارع است، و برای متولی آن افزودن بر مدت اجاره جایز نیست بلکه تنها قاضی می‌تواند بر آن بیفزاید، زیرا قاضی حق نظر و توجه به نفع فقیر و غایب و میت را دارد. اگر واقف مدت اجاره را مهمل بگذارد گفته شده است از دیدگاه علمای احناف افزودن مطلق است و برخی گفته‌اند مقید است.

اجاره‌ی طولانی مدت: در ارتباط با مسکن فتوی داده می‌شود که یک سال باشد، و در زمین سه سال، جز این‌که بر حسب زمان و محل مصلحت در خلاف آن باشد، و آن با اختلاف محل و زمان متفاوت است. و از دیدگاه آنان اجاره‌ی طولانی مدت در اوقاف و زمین یتیم و زمین بیت المال هر چند با عقدهای جداگانه هر عقدی برای یک سال باشد، باطل است. زیرا سبب امری ممنوع می‌گردد و آن این‌که طول مدت به ابطال وقف می‌انجامد. لیکن این در هنگام عدم نیاز است، هرگاه ضرورت ایجاب کند مانند این‌که برای تعمیر موقوفه به اجاره‌ی چندین سال نیاز باشدکه پیش از وقف پرداخت شود که در این صورت ممنوع موهوم با وجود ضرر محقق برطرف می‌شود.

---

[1]. مغنی المحتاج، کشاف القناع، مکان سابق ، الشرح الکبیر مع حاشیة الدسوقی: ۴/ ۸۹

در فتوای بزازیه آمده است: اگر به چنین موردی نیاز بود ناظر و متولی موقوفه در ضمن چند عقد پشت سر هم آن را اجاره می‌دهد؛ اگر موقوفه مسکن باشد، در هر عقدی برای یک سال در مقابل اجره‌ای تعیین شده عقد می‌بندد و اگر زمین باشد در هر عقد برای سه سال، این‌که بگوید: فلان مسکن را برای سال (٤٩) در مقابل چنین اجره، و برای سال (٥٠) با چنین اجاره و برای سال (٥١) در مقابل چنین اجره‌ای واگذار می‌کنم، و چنین عقد می‌بندد تا این‌که سالهای مقرر کامل شوند و عقد اول لازم می‌گردد و ماعدای آن مضاف به زمان آینده می‌شود. و قول صحیح این است که اجاره‌ی مضاف به آینده هم لازم می‌گردد و آنگاه به این روایت عمل می‌شود که به خاطر نیاز در اجاره مضاف به آینده اجره در ملکیت قرار داده می‌شود، تا شرط نمودن پیش پرداخت.

موقوفه با اجرة المثل به اجاره داده می‌شود، و اجاره دادن آن با ضرر زیاد جایز نیست. اما با ضرر اندک – که طبق عرف و عادت مردم دچار آن می‌شوند و آن را می‌پذیرند و آن را ضرر محسوب نمی‌نمایند- جایز است. اگر متولی اجازه دهد بعد از عقد اجاره داده شود، در صورتی که مستأجر فسخ آن را طلب کند، عقد فسخ نمی‌گردد، زیرا ضرر بر وقف لازم می‌گردد. اگر اجره‌ی آن از اجرة المثل زیادتر باشد بعد از این‌که با اجرة المثل عقد بسته شده است، عقد به اجره‌ی زاید دوباره بسته می‌شود. ابن عابدین گفته است: ظاهراً این‌که مستأجر زیادی آن را قبول کند به جای تجدید عقد کافی‌ست. و مستأجر اول در صورتی که زیادی آن را بپذیرد از مسأجری دیگر شایسته‌تر است.

کسی که عایدات موقوفه یا سکونت در مسکن وقف او شده باشد هرچند یک مرد معین باشد، نمی‌تواند آن را اجاره دهد و هرگاه از او غصب شد نمی‌تواند ادعای آن را بنماید جز این‌که از طرف قاضی متولی اجاره دادن و یا دفاع از آن باشد، زیرا حق او تنها در بهره‌ی موقوفه است و در عین آن حقی ندارد.

هرگاه متولی موقوفه را با اجره‌ای کمتر از اجرة المثل اجاره دهد، پرداخت کامل اجره‌ی مثل آن بر مستأجر واجب می‌گردد.

هرگاه کسی عین موقوفه را غصب کند و آن را تعطیل نماید و از آن بهره‌برداری نکند یا این‌که آن را تلف کند، ضامن منافع آن خواهد بود، چنان‌که شخصی بدون اجازه در مسکن مستقر شود، یا متولی او را بدون اجاره در آن سکونت دهد، اجرة المثل بر ساکن آن لازم

می‌گردد هر چند زمین آماده‌ی بهره‌برداری نشده باشد، و این حکم به خاطر صیانت از وقف است. و مانند آن است منافع مال یتیم.

. و در آنچه که بین علما اختلاف نظر است فتوی به آنچه که برای وقف مفیدتر است داده می‌شود. و هرگاه قضاوت به پرداخت قیمت زمین شد در مورد غصب زمین موقوفه و این‌که غاصب آب را بر آن روان کند تا به دریاچه‌ی تبدیل گردد و قابلیت کشاورزی را نداشته باشد، و متولی با آن قیمت زمین دیگری خریداری می‌کند و آن را جایگزین موقوفه می‌نماید.

و **مذهب مالکیه**[۱]: ناظر می‌تواند موقوفه را برای یک یا دوسال اجاره دهد، مشروط بر این‌که زمین باشد و شخص مستأجر معین باشد مانند زید یا عمرو، و در صورتی که معین نباشد مانند فقرا یا علما یا امثال آن، تنها برای چهار سال اجاره داده می‌شود نه بیشتر از آن. جایز است برای ده سال به کسی اجاره داده شود که در آخر به او بر می‌گردد، مانند این‌که زمین را وقف زید بنماید سپس بعد از او به عمر بر گردد چه از جهت ملکیت یا با وقف باشد در این صورت جایز است آن را برای ده سال به عمرو اجاره دهد.

جهت ضرورت اصلاح و بازسازی موقوفه اجاره دادن آن به مدت چهل یا پنجاه سال جایز است نه بیشتر.

کرایه دادن باید با اجرة المثل آن باشد، در صورتی که با کرایه‌ای کمتر از اجرة المثل داده شود عقد مشتمل بر آن فسخ شده و زیادت در عقود دیگر را می‌پذیرد.

متولی یا ناظر موقوفه کرایه‌ی دریافت کرده را بر مستحقین آن تقسیم نمی‌نماید مگر کرایه زمانی را که مدت آن گذشته باشد، اگر اجاره چندین سال را پیش وقف دریافت کند تقسیم آن بر مستحقین حاضر جایز نیست، زیرا کسانی که آن را دریافت می‌کنند احتمال دارد بمیرند و در این صورت به کسانی داده شده است که استحقاق آن را نداشته‌اند و کسانی را که استحقاق آن را داشته‌اند محروم می‌شوند.

اگر وقف بر مردمی معین مانند فلانی و فلانی باشد، به همه به طور مساوی داده می‌شود و به یکی بیشتر از دیگری داده نمی‌شود.

اما در صورتی که وقف بر مردمی غیر معین باشد مانند فقرا و ابناء السبیل و اهل علم، یا بر قومی و پشت آنان باشد یا بر برادرانش یا فرزندان عمویش باشد ناظر با اجتهاد خود می‌تواند با توجه به نیاز و اهل عیال آنها برخی را بر برخی تفضیل دهد.

---

۱. الشرح الصغیر: ۴/ ۱۳۳- ۱۳۷، الشرح الکبیر: ۴/ ۷۷ و ما بعد آن.

کسی که با صفت استحقاق در مسکن موقوفه ساکن شده است از آن اخراج نمی‌شود هرچند ثروتمند هم شود مگر این‌که واقف برای خارج کردن او شرط گذاشته باشد؛ مانند این‌که گفته باشد: تا زمانی که فقیر یا محتاج است یا عرف یا قرینه‌ای بر اخراج او دلالت کند.

هرگاه موقوف‌علیه مبنایی را در موقوفه بنا کند، یا درختی را در آن کاشت نماید، و بمیرد در حالی که بیان ننموده باشد که آن هم وقف است یا ملک او، وقف محسوب می‌گردد و چیزی از آن به ورثه‌های او داده نمی‌شود. و اگر بیان نموده باشد که ملک اوست، به ورثه‌هایش داده می‌شود، مأمور می‌شود که آن را از بین ببرد یا قیمت آن را در صورت نقض شدن پرداخت نماید و الا وقف محسوب می‌شود و و آنچه را که از عایدات آن صرف کرده است دریافت می‌کند، مانند ناظر هنگامی که چیزی را در آن بنا کند یا آن را اصلاح نماید، اگر آن موقوفه عایداتی نداشته باشد برای ناظر چیزی نیست.

قاضی می‌تواند چیزی از موقوفه را به ناظر بدهد مشروط بر این‌که حقوقی در آن نداشته باشد. ناظر می‌توانددر برخی اماکن موقوفه در صورت مصلحت تغییراتی ایجاد نماید مانند تغییر دادن محل روشنایی و تغییر در از یک جا به جایی دیگر.

مذهب شافعی:[1] قطعاً صحیح نیست ناظر موقوفه را بدون اجرة المثل به کسی اجاره دهد. هرگاه ناظر موقوفه را اجاره دهد و در این مدت مقدار اجاره افزایش یافت یا کسی یافت شود که آن را با قیمتی بالاتر از آن اجاره کند، طبق قول اصح عقد فسخ نمی‌شود زیرا آن عقد در وقت خود از روی مصلحت انجام شده است، با این مورد مشابهت دارد که ولی دارایی کودک را بفروشد سپس قیمت آن مال در بازار افزایش یابد یا کسی یافت شود که با قیمتی بالاتر طالب آن باشد.

اما هرگاه ناظر عین موقوفه را اجاره دهد هرچند بدون اجرة المثل باشد صحیح است.

حنابله با علمای شافعیه اختلاف نظر دارند[2]، آنان می‌گویند: اگر ناظر عین موقوفه را با قیمتی کمتر از اجرة المثل آن اجاره دهد، عقد اجاره صحیح است و ناظر ضامن آن نقص خواهد بود مشروط بر این‌که مستحق آن موقوفه شخصی عیر از مستأجر باشد و آن نقص بیشتر از آن مقداری که عادتاً همه مردم در آن دچار ضرر می‌شود، باشد، مثال این مورد مانند این‌که وکیل چیزی را بدون قیمت بفروشد، یا چیزی را بدون اجرة المثل اجاره دهد.

---

[1]. مغنی المحتاج: ۲/ ۳۹۵.

[2]. کشاف القناع: ۴/ ۲۹۷ و ما بعد آن.

هرگاه اجاره صحیح واقع شود فسخ نمی‌شود. هرگاه ناظر بیشتر از اجاره‌ی اولی را طلب کند هرچند در آن ضرر نباشد، زیرا عقدی لازم از دو طرف بوده است.

هرگاه موقوف‌علیه در زمین موقوفه‌ای که تنها وقف او گردیده است درخت بکارد یا بنایی بسازد، آن بنا و درخت از آنِ او خواهد بود زیرا آن را به گذاشته است. اما در صورتی که موقوفه مشترک بین او و کسی دیگر باشد و او در آن درخت بکارد یا بنایی بسازد یا این‌که تنها حق نظارت بر آن را داشته و در خود موقوفه حقی نداشته باشد، درخت‌کاری یا بنا سازی او غیر محترم بوده و باقی شرکا اجازه‌ی تخریب آن را دارند.

طبق نص صریح ناظر بر وقف می‌تواند به طور شایسته از آن بخورد هرچند نیازمند هم نباشد.

چهارم: عزل ناظر:

نظرات فقهی در ارتباط با عزل ناظر نزدیک به هم هستند که نزدیک است با هم متفق باشند.

علمای احناف گفته‌اند:[1] واقف به طور مطلق می‌تواند ناظر را عزل کند، به این گفته‌ی احناف فتوی صادر می‌شود. اگر واقف ناظری را تعیین نکرده باشد بلکه قاضی آن را تعیین کند، واقف نمی‌تواند او را عزل کند.

در صورتی که ناظر در وقف خیانت روا دارد، یا ناتوان باشد، یا فسق او آشکار شود مانند شرب خمر و امثال آن یا این‌که مال وقف را در امور غیر مفید صرف نماید عزل کردن او بر قاضی واجب می‌شود؛ آن ناظر چه خود واقف باشد یا شخصی دیگر، حتی اگر واقف شرط نموده باشد که آن ناظر در صورت مخالفت با حکم شرع عزل نشود، چنان‌که کفیل عزل می‌شود هرچند موصِی شرط کرده باشد حتی در صورت خیانت هم عزل نشود.

برای قاضی جایز نیست ناظری که نظارت بر موقوفه برای او شرط شده است یا کارمندی را که مرتکب خیانت نشده و اهلیت خود را از دست نداده است عزل کند. اما جایز است ناظری که از جانب قاضی تعیین شده است بدون ارتکاب خیانت عزل کرد، و قاضی دومی نمی‌تواند او را به آن برگرداند هرچند قاضی اولی او را بدون سبب عزل کرده باشد، تا کار او برمحکم‌کاری حمل شود مگر این‌که اهلیت او ثابت شود.

---

[1]. الدرالمحتار: ۳/ ۴۲۱- ۴۲۳.

ناظر می‌تواند در حضور قاضی خود را عزل کند و دیگری را در جای خود قرار دهد و خود بخود عزل نمی‌شود مگر این‌که به قاضی ابلاغ شود.

انجام ندادن وظایف: از جمله حالاتی که ناظر می‌تواند خود را عزل کند، کناره گیری از وظایف خود به نفع شخصی دیگر است، اگر شخص دومی که ناظر به نفع او کناره گیری می‌کند اهلیت نداشته باشد قاضی او را تأیید نمی‌کند و در صورتی که اهلیت داشته باشد باز هم بر قاضی واجب نیست او را تأیید کند، هرگاه انسان از وظیفه‌ی خود فارغ شد حق او ساقط می‌شود هرچند قاضی متنازَل لَه را تأیید نکرده باشد.

کناره‌گیری در حضور قاضی یا غیر او صحیح است، شانه خالی کردن از وظیفه در مقابل مال یا بطور مجانی جایز است، لیکن کسی که به نفع او کناره گیری شده است می‌تواند مالی را که داده است طلب کند، زیرا در عوض حق مجرد داده است و آن هم جایز نیست.

و خلاصه این‌که ناظر با استعفا دادن یا با عزل کردن واقف اگر او را تعیین کرده باشد یا با عزل قاضی منعزل می‌شود. ماده (۲۵) از قانون وقف کشور مصر تصریح کرده است که برای دادگاه جایز است ناظر را به دادگاه تصرفات اولیه هنگامی که در عزل او مصلحتی ببیند حواله کند.

دیدگاه علمای مالکیه با دیدگاه علمای احناف[1] یکی است. و گفته‌اند ناظر می‌تواند استعفا دهد و خود را عزل کند هرچند واقف او را تعیین کرده باشد. واقف هم می‌تواند او را عزل کند هرچند گناهی را مرتکب نشده باشد. اما قاضی تنها به دلیل ارتکاب گناهی می‌تواند او را عزل کند.

هرگاه ناظر استعفا دهد حاکم هرکه را بخواهد می‌تواند در جای او قرار دهد هرگاه مستحقین موقوفه غیر معین – مانند فقرا – باشند حقوق آن ناظر از فراورده‌های موقوفه خواهد بود. اما هرگاه مستحق معین و اهل رشد باشد، خود شخصاً متولی امر وقف می‌گردد و در صورتی که غیر رشید باشد ولی او متولی می‌گردد.

هم‌چنین است دیدگاه علمای شافعیه[2]، از دیدگاه آنان نیز ناظر می‌تواند استعفا دهد و خود را عزل نماید، واقفی که خود ناظر باشد می‌تواند هرکه را که تعیین کرده است عزل کند و دیگری را در جای او قرار دهد، چنان‌که موکِل وکیل خود را عزل می‌کند و دیگری را در جای

---

[1] .الشرح الکبیر: ۴/ ۸۸

[2] . مغنی المحتاج :۲/ ۳۹۵.

او قرار می‌دهد مگر این‌که واقف شرط نماید شخص دیگری ناظر باشد یعنی در حال وقف او بر آن اشراف داشته باشد، در این صورت نه او و نه غیر او نمی‌توانند او را عزل کنند هرچند برای مصلحت باشد، زیرا در شرط واقف تغییر جایز نیست و به دلیل این‌که در آن وقف حق نظر ندارد. اما واقف غیر ناظر حق تولیت و عزل ندارد، بلکه آن حق حاکم است.

اگر واقف چیزی از بهره‌ی موقوفه را برای ناظر شرط نماید جایز است هرچند بیشتر از اجرة المثل باشد، بر خلاف حالتی که حق نظارت برای او باشد و برای خود شرط کرده باشد زیرا در این صورت بیشتر از اجرة المثل جایز نیست.

هم‌چنین حنابله[1] گفته‌اند: واقف می‌تواند ناظر را عزل کند، زیرا ناظر نایب اوست و با وکیل شباهت دارد. موقوف‌علیه در معین بودن و حاکم به دلیل اصلی بودن ولایتشان اجازه دارند ناظر را عزل کنند، و ناظر هم می‌تواند استعفا دهد و خود را عزل نماید چنان‌که در وکالت مقرر شده است. ناظری که حق نظارت برای او شرط شده است نمی‌تواند ناظر را عزل کند یا متولی آن شود.

---

[1] . کشاف القناع: ۴/ ۳۰۱.

خلاصه

این کتابی است که دو مبحث مهم در قانون‌گذاری اسلامی را در بر گرفته است که در دوافع با هم مشابهت دارند، این‌که هر دو از اعمال نیک بعد از مرگ انسان هستند، این دو مبحث وصیت و وقف می‌باشد.

مؤلف بخش اوّل را به باب وصیت‌ها اختصاص داده است و آن را به سه فصل تقسیم کرده است، فصل اول در معنی وصیت، مشروعیت و ارکان آن، کیفیت انعقاد و شروط آن، احکام آن، تنفیذ، مبطلات، اثبات و وصیت واجب بود.

در فصل دوم حکم تبرعات بیماری که در بستر مرگ قرار دارد بحث کرده است و فصل سوم را به کفالت و انواع کفیل‌ها و ارکان کفالت و تصرفات کفیل اختصاص داده است.

اما بخش دوم در ارتباط با وقف است که مؤلف آن را به ده فصل تقسیم کرده است؛ فصل اول در تعریف، مشروعیت، صفت و ارکان آن، فصل دوّم: انواع و محل وقف، فصل سوّم: در ارتباط با حکم وقف و مدت زوال ملکیت واقف، فصل چهارم: در ارتباط با شروط متعلق به وقف، موقوف، موقوف‌علیه و صیغه‌ی وقف، فصل پنجم: در اثبات وقف از نظر قانون و شرع، فصل ششم در مبطلات وقف، فصل هفتم: در نفقات وقف، فصل هشتم در فروختن موقوفه در صورت خراب شدن، فصل نهم: در وقف در هنگام بیماری مرگ و فصل دهم در ارتباط با ناظر بر وقف می‌باشد.

این کتاب منحصر به یک مذهب معین نمی‌باشد، بلکه با اسلوبی روشن آرای مذاهب مختلف در موضوعی که از آن بحث کرده را شامل آمده است.

پایان ترجمه ۹۰/۵/۲۳